
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

TOMO I.

INSTITUCIONES
DE
DERECHO REAL
DE CASTILLA Y DE INDIAS,

POR EL DOCTOR

D. JOSÈ MARIA ALVAREZ,

CATEDRÁTICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA REAL
Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA.

SEGUNDA EDICION GUATEMALTECA,

PRECEDIDA DE LA BIOGRAFIA DEL AUTOR,

Y ARREGLADA, CORREGIDA Y AUMENTADA CON MUCHAS NOTAS
Y VARIOS APÉNDICES
SOBRE DIVERSAS MATERIAS IMPORTANTES QUE NO CONTENIA LA OBRA,

POR EL LIC.do D.or

Don Doroteo José de Arriola,

Individuo del Ilustre Colegio de Abogados, Vice-presidente
de la Academia de Derecho teórico-práctico,
Miembro de la Cámara de Representantes de la República, &c.

TOMO I.

GUATEMALA.

IMPRENTA DE L. LUNA, EDITOR.

1854.

Vir bonus et prudens . . . .
. . . . . parum claris lucem dare coget:
Arguet ambiguè dictum: mutanda notabit.

Horat. ***De Art. Poet.*** (v. 445)



Advertencia.

EL Editor se complace de poder ofrecer á sus conciudadanos una obra como la presente, en que sin haber deslucido en nada ni rebajado en lo mas mínimo el indisputable mérito de las Instituciones del Dr. Alvarez, encontrarán ademas un tesoro de doctrina en los aumentos que ha recibido con las oportunas y abundantes anotaciones del Dr. Arriola. La escasez que ya se esperimentaba de las Instituciones del Derecho Real de Castilla é Indias, y la necesidad de dar á esta obra un ensanche mas completo, aunque siempre elemental, me han movido á emprender la publicacion de una segunda edicion de las mismas, y hoy aparece con

las mejoras que se ha creido conveniente hacer en ellas.

Cada título va precedido de un sumario; trabajo bastante prolijo, pero de suma importancia para el registro de las materias: no solo se han corregido muchas citas que se observó estar equivocadas, sino tambien en muchos casos se han agregado otras que parecieron oportunas; y no pocas veces se han copiado testualmente las definiciones de las leyes, y se han espuesto las etimologías de las voces, como un medio seguro de inculcar el mejor conocimiento de las cosas: se ha cuidado tambien, con todo esmero y fidelidad, de poner las leyes de la Novísima, que están en correspondencia con las de la Nueva Recopilacion que citaba únicamente el autor, evitando así al estudioso el trabajo que esta falta podia hacerle necesario, recurriendo á la tabla de las correspondencias de estas leyes, especialmente si no posée ambos códigos á la vez: ademas, las 537 notas marcadas con las letras del abecedario, y otras muchas que lo estan con un asterisco, y los 14 apéndices nuevos con que hoy se dá esta edicion, no solo han venido á poner en mayor claridad algunas materias, sino tambien á enriquecer la obra con un aumento de doctrina que no podia adquirirse

á menos de recurrir á otros tratadistas, no fáciles siempre de consultarse ni tampoco á veces de poseerse, ó por su escasez ò por el crecido precio de las obras; tambien se ha procurado, en muchos casos, hacer mencion de las leyes pátrias, segun el asunto de que se trata; pero generalmente se ha cuidado, con pocas escepciones, de asociarlas á las disposiciones de alguno de los códigos españoles, á fin de no hacer del todo inútil para otros paises el estudio de alguna parte de estas Instituciones: nada, en fin, se ha omitido, asi en lo material como en lo formal y sustancial de la presente obra, para hacerla digna del aprecio de los Guatemaltecos, áquienes especialmente está dedicada.

Contento, por ahora, de haber procurado facilitar la posesion de estas Instituciones, publicando una segunda edicion de ellas, en los términos en que aparecen, y sin mas pretension que la de contribuir al adelantamiento del estudio de nuestro derecho y al honor del foro de mi pais; me doy por muy recompensado con la lisonjera esperanza de poder alcanzar el objeto que me propuse.

El Editor:

L. Luna.

APUNTAMIENTOS

PARA

LA BIOGRAFÍA

DEL SEÑOR DOCTOR

D. JOSÉ MARIA ALVAREZ.

NO escribo un elogio histórico, ni oratorio, sino solo unos apuntamientos biográficos, bien imperfectos por mi insuficiencia, y no tan completos como yo quisiera, porque me faltan algunos datos y tiempo para buscarlos; pero exactos en sus aserciones: documentados en puntos interesantes; y destinados á ofrecer con los primeros materiales, un estímulo para producciones mas útiles á la memoria de un guatemalteco, muy digno de vivir siempre en la de su pátria.

2. Comenzaré por presentar su partida de bautismo, que obra en el archivo de la parroquia del Sagrario de esta Sta. Iglesia Metropolitana, y dice así: «*En el año del Señor de mil setecientos setenta y siete, en siete dias del mes de febrero, yo el Teniente de Cura hice los exorcismos, puse el santo óleo, bauticé solemnemente y puse crisma á un infante que nació el dia dos del citado: es hijo legítimo de Don Estévan Alvarez y de Doña Maria Marcela Estrada; á quien puse por nombre JOSÉ MARIA DE LA PURIFICACION EMIGDIO: fué su padrino D. José Santa Cruz, Presbítero de la Congregacion de San Felipe Neri,*

quien aseguró y afirmó ser los dichos, españoles; y lo firmo—José Valenzuela» (1).

3. Eran entónces Gobernador y Capitan general del Reino de Guatemala, el Sr. Mariscal de Campo D. Martin Mayorga, y Arzobispo el Ilmo. Sr. Dr. D. Pedro Cortés y Larraz; y, por decirlo de paso, ese año de 77, de resultas de los terremotos, que en el de 1773 arruinaron en gran parte la Antigua Guatemala, puede contarse por primero del asiento de esta Capital en su actual suelo. Porque aunque en él se fijó el Ayuntamiento desde el 1º de enero de 1776, segun el testimonio del Padre Juarros (2): ya este diligente escritor nota, que el 29 de julio de 1777 fué cuando se intimó á los vecinos de la Antigua, el que dentro de un año viniesen á domiciliarse en el nuevo sitio (3), refiriendo al mismo año de 77 la traslacion de la Real Audiencia (4). Y yo agregaré, que en 23 de mayo de 1776 se expidió en Aranjuez la real órden para que esta Ciudad se denominase *Nueva Guatemala de la Asuncion*: que acá se publicó á los cinco meses, por bando del 22 de octubre; y que por consiguiente ni un año entero llevaba de titulada así la Capital, cuando fué escrita la preinserta partida.

4. El niño de quien ella habla, nacido de buenos padres, ahijado de un buen eclesiástico, y dotado de buen entendimiento, de buen corazon y de bue-

(1) Foja 35 del libro que comenzó en 6 de febrero de 1772, y concluyó en 4 de diciembre de 1784, y es el primero del grueso vol. 6º

(2) *Compendio de la historia de la Ciudad de Guatemala*: tratado 1, cap. 5, pág. 88, y tratado 2, cap. 4 al fin, pág. 150.

(3) El mismo. Tratado 2, cap. final, pág. 235.

(4) El mismo. Tratado 2, cap. 2, pág. 137.

na índole; tuvo igualmente buena educacion. Verídicos sujetos, compañeros de su infancia, aseguraban que aun siendo niño, no lo parecia, porque no habia cosa pueril en sus acciones, ni afectacion en su compostura; y niño sin embargo le reputáramos los que ya le conocimos adulto, al ver en él un candor semejante al de la cuna. Porque a la verdad, siempre dirigido por una conciencia escrupulosa, nada procuraba con mas ahinco, y segun es de creerse, nada logró con mejor éxito, que el conservar tan pura su alma, como inocentes sus costumbres.

5. Se le dió la primera enseñanza en Belén: esto es, en la casa de aquellos benéficos religiosos; cuyo Orden nació en Guatemala, fué respetado entre nosotros, aun en dias infaustos para los demas regulares (5), y despues de extenderse a las dos Américas, desapareció acá por fallecimiento de los conventuales; secándose el tronco del árbol, al paso que sus ramas fructifican bajo otros climas. Allí nuestro alumno, en breve y con la mayor perfeccion posible, se instruyó en los rudimentos; y allí tomó para nunca perder, una sencilla, muy clara y no desairada forma de letra española.

6. Tocóle para sus estudios la menos desfavorable, si ya no fué la mejor, de nuestras épocas literarias. Porque si bien es cierto que aun en España faltaba no poco para disipar las tinieblas de la Inquisicion, y derribar el absolutismo; Cárlos III, de feliz memoria, tan sábio como virtuoso, protejia las ciencias y las letras, estimulaba las bellas artes y se desvelaba en abrir las fuentes de la ver-

(5) Decreto del Congreso federal, de 7 de setiembre de 1829, art. 2.

dadera riqueza. Dígalo, entre otros monumentos, la preciosa Biblioteca, que de los mejores escritores de su reinado, compuso el ilustrado y laborioso Sr. Sempere y Guarinos.

7. Y en Guatemala ya se enseñaba entónces una lógica sensata: era conocida la física experimental; y la ciencia del dogma y la oratoria sagrada recobraban su nativa pureza, gracias al inmortal Goicoechea, que batió hasta en sus últimas trincheras al peripato y al gerundio, y que fué el primer adalid, y en un tiempo el mártir de los buenos principios.

8. Los timbres de tan bellos triunfos: las lecciones de Matemáticas debidas á este grande hombre y á sus dignos colaboradores: los adelantos de la Medicina: el establecimiento de la primera aula de Cirujía, á cargo del hábil profesor que supo inventar el asa elástica (*): las estátuas anatómicas admirablemente construidas por un hijo del pais (**): la Sociedad Económica erigida en 1794, y desde luego eficazmente empeñada en hacernos provechosa la expedicion botánica que dirigia el esclarecido Mociño: el gabinete de historia natural, no solo proyectado, sino comenzado á realizar por la misma Sociedad: su escuela de dibujo y sala de modelo: sus premios científicos y artísticos: sus sábias Memorias, coetáneas en parte á la edicion de una gaceta literaria de exquisito gusto; y su patriótico fer-

(*) El Sr. Dr. y Maestro D. Narciso Esparragoza.

(**) El Sr. Protomédico Dr. Don José Flores, cuya biografía y la del Sr. Esparragoza, escritas por el Sr. Dr. D. Mariano Padilla, se publicaron en el *Mensual de la Sociedad de Medicina de Guatemala*, del año de 1847, Núm. 2 páj. 14, y Núm. 4 páj. 45.

vor, á competencia con el de la Universidad, en la vasta amplitud de sus respectivos institutos: he aquí bastantes títulos de honor para Guatemala, en la segunda mitad del siglo décimo octavo; y otro mas le preparaba el distinguido joven Alvarez.

9. Dedicóse tempranamente á los estudios de gramática latina, filosofía, teología, cánones y leyes; y sobresalió de tal manera, que por esta Universidad fué graduado de Doctor teólogo y Licenciado en Derecho civil, sin haber cumplido la edad de veinte y cinco años.

10. En el de 1794, á 19 de setiembre, el Ilmo. Sr. Arzobispo de esta Santa Iglesia, Dr. D. Juan Felix de Villegas, recien llegado á Guatemala, le confirió por sí la prima tonsura, y los cuatro menores órdenes; y en 2 de junio de 1798, el de Subdiacono, por mano del Ilmo. Sr. D. José Antonio de la Huerta Casso, á quien el mismo Metropolitano habia consagrado en esta Capital el 27 del ante proximo mayo, como a sucesor suyo en la silla sufragánea de Nicaragua y Costarica.

11. Ocupó la Arzobispal, despues del Sr. Villegas, el Ilmo. Sr. Dr. D. Luis Peñalver y Cárdenas, por quien, á 12 de setiembre de 1802, fué consagrado, tambien acá, el Ilmo. Sr. Obispo electo de Ciudad Real de Chiapas, Don Ambrosio Llano; y este Señor sufragáneo, con la competente facultad, confirió al Dr. Alvarez el Diaconado en 18 del referido setiembre, y el sacro Presbiterado en 24 del inmediato siguiente octubre. De suerte que á su ordenacion, sucesiva y respectivamente concurrieron aquellos cuatro Príncipes; y todos, pero en particular el Ilmo. Sr. Peñalver, le honraron con testimonios de aprecio.

12. Ya se vé: este Prelado, no obstante que en

Guatemala no residió sino desde el 3 de junio de 1802, hasta el 1º de marzo de 1806, fácilmente pudo calificar el mérito del Dr. Alvarez, con solo saber cuan de veras le estimaba el expresado Sr. Llano, Prebendado que habia sido de Guatemala desde el año de 1785, Provisor desde el de 95, y Vicario en la última sede vacante; ó con solo tomar informe de los individuos de su Venerable Cabildo.

13. Porque en él obtenian á la sazon las cinco dignidades los Señores Doctores D. Juan José Gonzalez Batres, D. Juan de Dios Juarros, D. Isidro Sicilia, D. Antonio Carbonel, y D. Antonio Garcia Redondo; y uno de los cinco canonicatos el Sr. Dr. D. Manuel Angel de Toledo. El Sr. Carbonel, como Maestrescuela que fué diez años, era el Cancelario de la Universidad: los restantes mas de una vez habian sido Rectores de ella; y el Sr. Toledo, no solo Rector, sino catedrático de leyes. Todos conocian muy de antemano al Dr. Alvarez: mas ó menos le habian tratado de cerca: le tenian ya por compañero en el Claustro; y hacian justicia á su talento, á su instruccion y á su honradez.

14. No tardó el Ilmo. Sr. Peñalver en llamarle á su secretaría, ni él en corresponder á su confianza, en clase de oficial mayor, y con funciones ó ya de prosecretario en las ausencias ó por impedimento del diestro secretario de cámara y muy estimable Presbítero D. Isidro Quintero; ú ya de secretario del Vicario gobernador, como en realidad lo fué del Sr. Juarros, en ocasion de haber ido el Prelado á la visita canónica. Providencia acertadísima, porque el servicio siempre fué á satisfaccion de los superiores, y el Dr. Alvarez no desperdició aquella oportunidad de aumentar el caudal de sus luces y el patrimonio de su reputacion.

15. Para que pueda calcularse la parte que él tomaría en los trabajos de la oficina; cronológica y sumariamente indicaré algunos de los principales negocios que ocurrieron en aquella época.

16. Fué de los primeros, á consecuencia de la real cédula de 18 de noviembre de 1799, la declaratoria de las cargas de la canongía magistral, que no las tenia señaladas en la ereccion, como de establecimiento posterior á ella; y el Ilmo. Sr. Peñalver se las señaló (6), en términos que merecieron la real aprobacion (7), y aun segunda confirmacion (8), por la cual se dejó sin efecto cierta órden ministerial (9), ganada en el intermedio por los regulares de la Merced.

17. En virtud de la real cédula de 21 de enero de 1772, mandó formar cuadrantes (10), y entró en el exámen de los que se iban formando para el arreglo de sínodos y doctrinas.

18. Ordenó, por medio de su Vicario, la observancia de la pragmática de 17 de julio de 1803, sobre esponsales y matrimonios de hijos de familia (11).

19. Con presencia de la Bula *Apostolici ministerii*, y de las demas disposiciones de derecho y práctica de la materia, fijó los dias de asistencia del clero á la Sta. Iglesia Catedral y de comunion de regla (12).

(6) Auto de 2 de setiembre de 1802.
(7) Cédula de 19 de noviembre de 1804.
(8) Cédula de 21 de mayo de 1817.
(9) De 28 de mayo de 1815, dirigida al Venerable Sr. Dean y Cabildo de esta Sta. Iglesia.
(10) Circular de 15 de noviembre de 1803.
(11) Edicto de 20 de noviembre de 1804. *Su refrendata es del Sr. Dr. Alvarez.*
(12) Edicto de 3 de junio de 1804.

20. Cooperó á la propagacion de la vacuna, que en su tiempo vino de Veracruz á Guatemala (13), y al entable del reglamento del ramo: obra del Sr. D. Alejandro Ramirez, el ilustrado é infatigable secretario del gobierno, y despues intendente de la Habana.

21. Auxilió las providencias debidas tambien al zelo y tino de este funcionario, sobre exterminio de langosta (14).

22. Inculcó el cumplimiento de los preceptos de confesion y comunion anual (15).

23. Erigió los curatos de la Antigua, Mataquescuinte, Ilobasco y Perulapam (16).

24. Llegó á formar un cuadro de la poblacion de todo el Arzobispado (17).

25. Reunió los primeros datos para la construccion de un cementerio en esta Ciudad (18).

26. Fomentó la enseñanza pública en el Beaterio de Sta. Rosa y en el Colegio de la Visitacion (19): socorrió liberalmente á los pobres (20); é hizo cuan-

(13) Circular de 4 de junio de 1804, y otras providencias.

(14) Circulares de 7 y 13 de julio de 1804.

(15) Exortaciones de setiembre y noviembre de 1804 y edicto de 7 de febrero de 1805.

(16) Juarros, hist. cit. Trat. 3, cap. 2, pág. 298.

(17) Su fecha 22 de agosto de 1805, con nombre de *Relacion*. Se extracta en el cuaderno de la Memoria impresa del Ilmo. Sr. Larrazábal de 4 de marzo de 1844. Documento núm. 1, §§ 15 y 34.

(18) Conforme á la real céd. de 15 de mayo de 1804.

(19) Juarros, hist. cit. Trat. 3, cap. 2, pág. 298.

(20) De sus copiosas limosnas habló una de nuestras antiguas gacetas. No la tengo á mano. Creo que es del tomo 10.mo

los bienes pudo á esta grey.

27. Volviendo á nuestro Dr. Alvarez, (si digresion se conceptúa una noticia que conducirá á que se forme prudente juicio de sus tareas): él, á los siete meses de ordenado de Presbítero, quedó admitido por individuo de la Congregacion de San Pedro, fundada en Guatemala á mediados del siglo 17.mo y confirmada por la Santidad de Alejandro VII; y no solo fué exacto en el cumplimiento de sus obligaciones, sino tan prolijo, que en un curioso cuaderno apuntaba los nombres de los hermanos difuntos, y las misas que aplicaba por ellos y no bajaron de 122, hasta quedar solvente con todos.

28. En 8 de junio de 1805 se le concedieron licencias generales para el uso de su sagrado ministerio. Léjos de que en adelante le hubiesen sido restrinjidas, se le ampliaron para confesar religiosas; y entiendo que en varias ocasiones le fueron dadas especiales facultades.

29. Al Sr. Peñalver sucedió el Ilmo. Sr. Dr. D. Rafael de la Vara, y despues el Exmo. é Ilmo. Sr. Dr. y Mtro. D. Fr. Ramon Casaus y Torres, último Arzobispo presentado por el gobierno español, y de cuya prelacía, que duró treinta y cuatro años, el Dr. Alvarez solo alcanzó los primeros nueve.

30. Si no me equivoco, por ambos Señores fué nombrado para graves asuntos, promotor fiscal específico, y en el año de 10, por el Sr. Vicario Capitular Sicilia, Capellan del monasterio de la Inmaculada Concepcion: destino que sirvió con edificacion de las religiosas, y que creo no renunció sino hasta fines de 1816; sin caberme duda de que en 7 de agosto de 1818, se le libró título de Examinador sinodal.

31. Miéntras que tan dignamente se comportaba

como ministro del altar, él era en la Universidad de Guatemala catedratico de instituciones de Justiniano, desde el año de 1804; y esta enseñanza (prescindiendo ya de la muy fructuosa, que en un tiempo dió de gramática latina, presumo que á impulso del docto y piadoso Sr. Sicilia, á quien miraba como á un segundo padre); reune tantos y tales caractéres, que siquiera los de su mayor realce no deben pasarse en silencio.

32. En primer lugar: *la puntualidad*. Porque, en siendo dia lectivo, de cualquiera estacion del año, ni por el exceso del calor, ni por el rigor del frio, ni por raudales de llúvia, ni por cosa alguna, dejaba de presentarse en el aula, dando las tres de la tarde; y, con la muestra á la vista, no salia sino hasta despues de bien empleada una hora cabal, y de anotadas de su puño las fallas de los cursantes.

33. En segundo lugar: *lo clásico del magisterio*. Él era todo un profesor. Poseia por principios la facultad que enseñaba. Sabia muy bien lo que habia aprendido. Retenia perfectamente todo lo que leia. Cuanto le repugnaba una lectura superficial, otro tanto le satisfacia y agradaba, por árido que fuese, un estudio sólido. Y nunca se distrajo a los que eran agenos de su profesion; ó solo para convertirlos á favor de ésta, se ocupaba en adquirir conocimientos de diverso género.

34. En tercer lugar: *la filosófica base de la doctrina*. Comprehendia que, si á la enseñanza del derecho pátrio, debe preceder la del romano; á una y otra debe servir de introduccion el *derecho natural y de gentes*. Tradujo, pues, los Elementos que de él escribió el célebre Heineccio; y la traduccion era lo primero que hacia copiar á cada uno de sus discípulos: les corregía el manuscrito; y en su casa

les daba la explicacion necesaria.

35. Cuan grande fuese este bien, lo reconocerán los inteligentes, y con particularidad el que recuerde lo que de los Estudios de San Isidro de Madrid decia el *Censor español:* «*Allí se estableció la primera cátedra de derecho natural y de gentes que ha tenido España, y á ella se debieron los primeros rayos de luz, que empezaron á penetrar por entre las tinieblas de la ignorancia, en materias de política y legislacion. Asi se tuvo buen cuidado de suprimirla en* 1793, *cuando á vista de la revolucion francesa, empezó el despotismo á estremecerse al nombre solo de libertad*» (21).

36. En efecto, fué suprimida aquella enseñanza, en que tanto se habia esmerado el Sr. D. Joaquin Marin y Mendoza, Alcalde del crímen de Valencia (22). Y aunque á los valencianos mismos se la procuraba el Sr. Canónigo D. Vicente Blasco, maestro del Infante D. Gabriel (23); á su plan de estudios, como dice el Sr. Villanueva, le faltó proteccion, *cuando contra él asestó sus tiros la enfurecida ignorancia* (24).

37. Si esto pasaba en España ¿qué sería en el Nuevo mundo? Ya el ilustre Garcia del Rio se lamentaba de la supresion que de igual cátedra se hizo en Lima y en Bogota (25); y á toda la que fué

(21) Núm. 4, art. *Sesion de Córtes del 14 de agosto* (de 1820.)

(22) Obra citada en el § 6 de estos Apuntamientos: art. *Marin.* Tomo 4, pág. 8.

(23) El mismo tomo. pág. 244: art. *Planes de estudios.*

(24) En su *Vida literaria:* tomo 1, cap. 2 al fin.

(25) *El Repertorio Americano.* Tomo 1, secc. 3ª, § XXI, pág. 244.

América española cuadraba lo que, contrayéndose al Perú, habia dicho de los conocimientos de ciencias morales y políticas, el no ménos ilustre Monteagudo: «*ó no habia medios para adqurirlos, ó era preciso arrostrar anatemas para no ignorarlos*» (26). Véase, pues, si no fué mucho hacer de nuestro Dr. Alvarez dar á sus lecciones por cimiento el *derecho natural y de gentes*.

38. En cuarto lugar: *la exactitud y claridad del método*. Baste decir, que al de HEINECCIO acostumbró á sus discípulos, porque éste era, y con harta razon, su autor favorito. Concibió el feliz pensamiento de formar unas Instituciones, que respecto al derecho real de España é Indias, fuesen lo que son las *Recitaciones* para el civil. Y como estudiaba con la pluma en la mano; casi sin sentirlo llegó á escribirlas, segun él mismo indica en su prólogo.

39. En quinto lugar: *el mejoramiento radical del estudio*. Innegable, porque desde entónces ya pudieron caminar paralelos, el del derecho romano en las Recitaciones, y el del pátrio en esta obra suya. Comenzó á publicarla en el año de 1818: concluyó la edicion en el de 1820; y aunque al principio solo era testo en la clase llamada de *Instituta*; presto lo fué, como lo es hasta ahora, en la de prima de leyes.

40. A la impresion por supuesto precedió *censura*. La dió en 26 de febrero de 1818, por comision del Exmo. Sr. Gobernador y Capitan general D. José Bustamante (que en el siguiente mes en-

(26) *Memoria sobre sus principios políticos*, fecha en Quito á 17 de marzo de 1823 y reimpresa en Guatemala en 1824: § 31.

tregó el mando al Exmo. Sr. D. Cárlos de Urrutia, último gefe de su clase en este reino por el gobierno español), el Sr. Lic.do D. José del Valle; y este literato, uno de los primeros de Guatemala, despues de algunas reflexiones acerca de libros elementales, dignas de su alta capacidad, y que solo omito por no alargar; dijo lo siguiente:

« *El Doctor Alvarez, sujetándose sin duda á lo que parece exijir su título de profesor de* Instituta, *ha seguido el mismo plan que los redactores de Justiniano .... No hay novedad en él, ni en la particion de títulos. Pero ha habido la infatigable paciencia de acopiar leyes, reales órdenes y cédulas aplicables á cada uno de ellos. Hay discernimiento en las citas, y eleccion en las doctrinas.*»

« *No se encuentra en todo el libro proposicion alguna inmoral, ni contraria á las regalías de S. M. Es sana é inocente su doctrina. Se reconoce el zelo que la ha dictado en obsequio de nuestra juventud. Se vé el deseo de llenar las miras que tuvo el Consejo Supremo de Castilla, cuando en 28 de enero de 1778 expidió circular á todas las Universidades, exhortando a sus profesores á que escribiesen cursos de todas facultades, proporcionados al gusto y adelantamientos de las ciencias.*»

« *Las Instituciones del Doctor Alvarez son las primeras que se publicarán en Guatemala. Tienen este mérito: serán, por decirlo así, nuestra primera carta de jurisprudencia topográfica; y refundiéndose en otras, de menor volúmen, mas concisas, con diverso plan, y sin aquellas incorrecciones de idioma que se escapan en una obra dilatada; serán una cartilla útil para los que no*

tienen principios de derecho, y un manual apreciable para los profesores» (27).

41. Es de advertirse, que si el Sr. Valle manifestaba deseos de *diverso plan*; es por los defectos que hallaba en el de las instituciones que llevan el nombre de Justiniano, pues ya habia dicho: *«la division de personas, cosas y acciones siempre me ha parecido inexacta.»* Mas no por eso inculpa á nuestro autor; antes le salva en aquella cláusula: *«El Dr. Alvarez, sujetándose sin duda á lo que parece exijir su título de profesor de Instituta, ha seguido el mismo plan.»*

42. Que éste es defectuoso, al Dr. Alvarez no se ocultaba: léase su prologo, donde dice: *«no obstante que pudiera adoptar otro mejor.»* Pero tal vez si le hubiera adoptado, no hubiera podido añadir lo que sigue: *«Así, sin apartarme del fin primario de mi cátedra, creo haber cumplido el auto acordado* 3º *tít.* 1º *lib.* 2.º»

43. Creíalo bien, porque el rubro solo del auto— *«...que se explique el derecho real, al mismo tiempo que el de los romanos»*—ya manifiesta su espíritu; y mejor lo descubre su tenor literal: *«Considerando el Consejo la suma utilidad que producirá á la juventud aplicada al estudio de cánones y leyes, se dicte y explique tambien el derecho real* (*), *sin faltar al estatuto y asignacion*

(27) Se publicó en el periódico de Guatemala, titulado *El Amigo de la patria*, núm. 11, de 26 de julio de 1821, pág. 86 á 88.

(*) Por la mejor estructura de la oracion, he colocado aquí las dicciones *el derecho real*, aunque ellas en el testo se hallan despues de la palabra *regentáren* y ántes del vocablo *exponiendo*, segun la edicion de Madrid de 1772.

en sus cátedras los que las regentaren, exponiendo las leyes patrias pertenecientes al título, materia ó parágrafo de la lectura diaria . . . ha resuelto que los . . . . profesores en ambos derechos tengan cuidado de leer con el de los romanos, las leyes del reino correspondientes á la materia que explicaren.» Esto hacia el autor en sus lecciones orales: esto representaban sus teses latinas para actos y grados; y esto era natural que representase lo estampado para los venideros.

Rectiùs Iliacum carmen deducis in actus,
Quàm si proferres ignota indictaque primus.

44. Ahora, si se atiende á lo cara que acá es una obra de molde, y entonces mas que en el dia: á lo atrasadísimo que el arte se hallaba entre nosotros; y al trabajo y tiempo que se consumian en solo las pruebas de imprenta; y si se considera que todo el dispendio lo hizo el autor: que su reembolso por necesidad fué lento: que su catedra apénas le producia el sueldo anual de doscientos pesos; y que su caudal no era pujante, sino el prèciso para vivir con decencia: se verá, que su proceder no solo fué desinteresado, sino tambien generoso.

45. Y ¿qué diré de la moderacion de su carácter, y de su rara modestia? Que hable un memorial suyo, dirigido en 15 de marzo de 1820 al Colegio de abogados, en estos términos:

M. I. S.—D. José Maria Alvarez, Presbítero de este Arzobispado, Doctor en S. Teología y Lic.do en derecho civil, á U. S. en el modo mas conforme hago presente: que llevo diez y seis años de servir la cátedra de instituciones de derecho civil en la real Universidad. Para esto he tenido que hacer cinco oposiciones, por ser cátedra temporal:

Al paso que estoy dispuesto á continuar en la enseñanza, estimulado del aprovechamiento que conozco he logrado en el tiempo que llevo en este ejercicio; me es molesto repetir cada cuatro años la oposicion.

Segun las constituciones de la Universidad no deben ya admitirse coopositores conmigo. Esta circunstancia, y mi tal cual crédito, me hacen esperar que S. M. me dispense la gracia que intento pedir en premio de mi servicio, reducida á que se me exima de la obligacion de repetir las oposiciones, y que sea yo considerado como catedrático propietario, con todos los derechos que disfrutan por constitucion los que lo son en esta Universidad.

Para apoyar mi pretension, deseo que este Ilustre Cuerpo, cuyo concepto por la profesion de la jurisprudencia debe ser de tanto peso; exponga á S. M. lo que le parezca acerca de ella. Por tanto, á U. S. suplico se sirva así acordarlo, informando lo que estime de justicia.

46. El Colegio, que entónces tenía por Decano al Sr. Oidor honorario Dr. D. Manuel Talavera, y por secretario al Lic. Don José Ramon Zelaya, de conformidad con lo pedido por su fiscal, Lic. Don Marcial Zebadúa, pronta y gustosamente acordó la recomendacion á que era acreedor el solicitante. Pero él nada dice de su obra, y ménos de los muchos discípulos que contaba ya entre los letrados: nada encarece: nada pondera. Se contenta con poco; y se produce con su genial sencillez.

47. Su escrito arguye el cariño cobrado á la cátedra; y como, acabada que fué la edicion de su obra, cesaba una no pequeña porcion de sus fatigas; le era mas grato partir su tiempo entre la práctica

de la virtud y el cultivo de las ciencias.

48. En cuanto á lo primero, él fué constante amigo del recojimiento: cristiano dado á la oracion: clérigo que aun solo ordenado de cuatro grados, y sin capellanía ni otra obligacion particular, siempre rezó todo el oficio divino: sacerdote que, á no estar enfermo de gravedad, nunca omitió la cuotidiana celebracion del santo sacrificio: ejercitante espiritual de todos los años: teólogo que meditaba las obras de Santa Teresa y sabia gustar de las del piadoso Gerson y del venerable Granada. Lo que aquí digo, y algo mas, consta al Ilmo. Sr. Dr. D. Francisco García Pelaez, actual Arzobispo de esta Santa Iglesia. Su ilustrada bondad, que informada de mi empeño y anticipándose á mi súplica, precisamente á la hora en que llegaba yo á este punto, se dignó instruirme en unos datos y confirmarme en otros, de los respectivos á este parágrafo; se dignará tambien de recibir el homenage de mi gratitud, y perdonarme, si con su presunto beneplácito, recurro aquí á su calificado testimonio.

49. Y en cuanto á lo segundo, el estudio hacia todas sus delicias. A mas de la lengua latina, poseia la francesa: estaba muy versado en la geografía y en la historia; y cada dia avanzaba en el conocimiento de la bella literatura. Su librería era selecta, y tan aseada como su persona: tan en concierto como la coleccion de sus manuscritos y principalmente la de sus sermones, como su casa y como todas sus cosas.

50. Miéntras que así habian corrido y corrian sus tranquilos y preciosos dias; ya pertenecian al dominio de la historia la independencia de la América inglesa, la revolucion de Francia, la estrepitosa alarma que ella dió al universo, y lo que nos tocaba

tan de cerca, las vicisitudes de la monarquia española.

51. Porque ciertamente: si una habia sido la España de Cárlos III; muy otra fué la de Càrlos IV, por no decir, la de Godoy: otra la que en 1808, al ver que se arrancaba el cetro á los Borbones, y se les reducia á cautiverio, se levantó en masa, y gloriosamente representada en las Córtes, purgó su suelo de hueste enemiga, y sancionó la Constitucion de Cádiz; y otra, por último, la que gimió esclava desde 1814 hasta 1820.

52. Pero llegó este año y se cambió la escena. Renace la Constitucion de 1812. Júrala Fernando VII el 9 de marzo de 820; y la jura Guatemala, el 9 del inmediato julio, el dia mismo en que el rey, ante el Congreso, ratificaba un juramento que entónces se creyó prestado de buena fé, para el desagravio y la felicidad de una nacion magnánima, una vez que aquel código volvia á ser el centro de la voluntad de los españoles y el apoyo de todas sus esperanzas.

53. San Salvador y S. Miguel, secciones electorales de una de las intendencias de la entónces provincia de Guatemala, en juntas compuestas la primera de nueve vocales de la ciudad y siete partidos, presidida del gefe político subalterno, y la segunda de siete vocales por la ciudad y seis partidos, presidida del alcalde 1°, procedieron á elegir diputados á Córtes y provinciales en los dias 19, 20 y 21 de setiembre de aquel año; y San Salvador eligio para la legislatura del biennio de 20 y 21 al Sr. Dr. Alvarez (28).

(28) Véase *El Editor constitucional,* periódico de Guatemala, n. 14, del 3 de octubre de 1820, pág. 110.

54. Él, como tan amante de la justicia, habia hecho siempre la que era debida á la España heróica de las Córtes: se acordaba, no sin indignacion, del régimen bárbaro, bajo el cual fueron calumniados, presos y perseguidos los buenos, y entre ellos el Ilmo. Sr. Dr. D. Antonio Larrazábal, á quien debia singular estima; y se llenaba de dulce consuelo y júbilo, al ver rayar la aurora de mejores dias.

55. No quisiera, es verdad, alejarse de su pais natal; de las señoras sus dos hermanas, que le tenian por padre; de sus muchos amigos: y con particularidad, de sus caros discípulos, que le estaban cordialmente agradecidos, y que le profesaban no solo respeto, sino tambien amor. Pero á todo se sobrepuso su patriotismo: aceptó el cargo; y en union de D. Miguel Cambronero, de este comercio, y de dos abogados guatemaltecos, discípulos suyos, que iban á Europa, á saber, el Sr. D. Felipe Neri del Barrio y Larrazábal, nuestro actual enviado extraordinario y ministro plenipotenciario cerca del gobierno de Méjico, y su hermano, ya hoy finado, D. Rafael del Barrio, secretario que fué de la legacion de Centro-América en la dieta de Panamá; salió de esta ciudad de Guatemala, con direccion á Madrid, el martes 10 de octubre de 1820, á las seis y media de la mañana.

56. Todavia me desconcierto al querer explicar lo que sentíamos todos los que á la sazon perdimos este sábio maestro. Si por una parte íntimamente nos complacíamos en sus satisfacciones, y nos erguíamos cuanto él no se erguía con sus honores: por otra, considerábamos su delicadísima complexion; y temíamos los riesgos de la empresa, y en especial los de su transporte, así terrestre, como marítimo.

57. Ya yo me imaginaba verle llegar á las Cór-

tes, presenciar su juramento, asistir con él á sus comisiones, oir sus nerviosos y bien fundados, á par que sóbrios discursos, y leerlos en los diarios. Le veia en la tribuna, mas grande que en la cátedra, porque allí estaba en el trono de la legislacion y en el senado de la pátria. Le contemplaba amigo de los primeros constituyentes, compañero utilísimo á sus sucesores, defensor acérrimo de los principios tutelares, y sobre todo, americano del siglo y de la causa de Bolivar. Pero otras veces no se podia no dar lugar á funestos presentimientos; y ¡ojalá que hubiesen quedado desmentidos!

58. Éramos en el primér mes del otoño: la estacion de llúvias ya para retirarse fué muy recia; y raro el dia que no la hubo en el camino. Sin embargo, nuestro viador (así llamémosle ahora con mas razon que nunca, porque cerca estaba de pasar de ésta vida á la eterna), iba animoso y contento; y llevaba de su viage un diario que alcanza hasta su arribo á Omoa, y que aun cuando no estuviera de su puño, revelaría al autor, y presagiaría lo que hubiera escrito, si hubiese viajado por la culta Europa. Dicho se está, que donde quiera habría sido un cuerdo y primoroso observador.

59. Despues de atrávesar las leguas que nos dividen de Omoa, sin dejar de socorrer las necesidades espirituales que se le presentaban en el tránsito, como le aconteció el 13 de octubre, en que aun no habia llegado á Chimalapa, cuando fué llamado á administrar el Sacramento de la penitencia á una pobre enferma de aquel pueblo, y por hacerlo acudió á su casa en derechura, sin tomar descanso de la muy larga jornada que madrugando habia vencido desde Guastatoya: sin dejar de decir misa, siempre que podia, como lo verificó en Zacapa el

domingo 15, y los seis dias consecutivos (del 17 al 22) que se detuvo en Gualan; y sin dejar de experimentar de dia y de noche las incomodidades y correr los peligros inseparables de su situacion, y aumentados por el mal tiempo; llegó á aquel puerto el domingo 29 de octubre, á la una de la tarde.

60. La goleta *(El substituto)*, que á falta de otro buque fué la del servicio, llevaba carga para Trujillo, y hubo necesidad de pasar á ese otro puerto, incomparablemente mejor que Omoa por su poblacion y temperamento, pero en aquella vez apestado de vómito y fiebre. El arribo á Trujillo fué el sábado 11 de noviembre, despues de cuatro dias de navegacion, demasiado penosa por las calmas. El Sr. Dr. Alvarez, que bastante se habia mojado, mareado y maltratado: que salia del mortífero Omoa; y que lejos de ir á reparar en algo su quebranto, en parage sano, se halló por el temporal detenido en uno donde la epidemia causaba notables destrozos: fué víctima de ella; y atacado de la enfermedad el 22, descansó en el Señor el domingo 26 de noviembre, dia de la festividad del Desposorio de la Santísima Vírgen Maria con Sr. San José: cuyos dos nombres llevaba, y eran los objetos de su tierna devocion, y los que invocó hasta espirar. ¡Ah! No solo no volvió á nuestros brazos, sino que con la lira española que cantó las alabanzas de Conde, pudimos decirle:

Europa que anhelaba De tu saber el fruto, Y ofrecerte esperaba En aplausos tributo; La nueva de tu pérdida Debé primero oír.	La Parca inexorable Te arrebató á la tumba: En eco lamentable La bóveda retumba; Y allá en su centro lóbrego Sonó ronco gemir.

61. Pocos dias despues de recibido acá este golpe, se supo que las Córtes, dos meses antes de la

fecha en que el SEÑOR DR. ALVAREZ emprendió el malhadado viage, le habian nombrado, á propuesta de la Junta suprema de censura, para individuo de la de esta provincia, conforme á las leyes de libertad de imprenta, que regian en aquella época. Los otros cuatro Señores vocales fueron: el Dr. D. Juan José Batres, en clase tambien de eclesiástico; y en la de seglares, el Protomédico Dr. D. Pedro Molina: D. José Franc.co Barrundia; y el Lic. D. José Venancio Lopez. Y en concepto de suplentes: los Sres. Presb.o Dr. D. Pedro Ruiz de Bustamante, por el ramo eclesiástico; y por el secular el Licenciado (y hoy Presbítero) D. Francisco X. Barrutia, y el de igual título D. Felipe Neri del Barrio (29). Ya se sabe que la Junta suprema de censura se componia de eminentes literatos: uno de ellos el Sr. D. Manuel José Quintana.

62. Y á los cuatro meses de acaecida tamaña pérdida, leimos en la *Gaceta del gobierno de Madrid*, del 13 de enero de 1821, el artículo siguiente: «*Queriendo el rey premiar los distinguidos servicios del Claustro de la Universidad de Guatemala en la persona de su individuo y catedrático de derecho civil, el Presbítero DON JOSÉ MARIA ALVAREZ, cuyos méritos ha recomendado la misma corporacion: ha venido en conceder al citado Alvarez los honores de MAGISTRADO de aquella Audiencia territorial*» (30).

(29) *Diario de las actas y discusiones de las Córtes*: *legislatura de los años de* 1820 *y* 1821. Tomo 2, núm. 9, sesion del 9 de agosto de 1820, pág. 227 y 228.

(30) Inserto en el citado *Editor*, núm. 40, del 26 de marzo de 1821, pág. 318.

63. De manera, que en estos honores y aquel nombramiento, la palma y el laurel vinieron á enlazarse con el cipres. Porque sabemos que de palma se tejian las primeras coronas de los vencedores: que despues, segun refiere Pausanias, aquella se trasladó de las sienes á las manos, y para la cabeza se destinó el laurel, por su perpetuo verdor; y que aunque fué costumbre de la gentilidad coronar los cadáveres con ápio, es mas misterioso el cipres, que representa la elevada soledad de la contemplacion y está atribuido á la Divina Sabiduría.

64. Y nuevos lauros han sido y son para este guatemalteco, las ediciones que aun fuera de su patria se han hecho ya de sus Instituciones; pues sé que la de Madrid del año de 1839, era ya la 2ª: entiendo que hay dos de Paris: una, si no son dos, de Nueva York: dos, sin duda, de Méjico: la de la Habana, del año de 34; y una costaricense, (bien que ésta en rigor se reputará nacional): todo ello con la circunstancia de haberse tomado generalmente por testo para los estudios públicos. Ya se vé: el Sr. Dr. Alvarez, en su línea, y hasta donde pudo, supo mezclar el *utile dulci*; y es forzoso que se cumpla la sentencia del irrecusable juez, ó mejor dicho, legislador del buen gusto:

Hic meret æra liber Sosiis: hic et mare transit,
Et longum noto scriptori prorogat ævum.

65. Difícil y muy difícil será el que volvamos á ver profesores que nos den buenos libros elementales, á lo menos mientras los que sean capaces de escribirlos, tengan que decir en un sentido doloroso aquello de Iriarte:

O por el interes, ó por la gloria
Los ingenios se animan. Pero, en suma,
¿Qué gloria, qué interes nos da la pluma?
. . . .

El Señor Doctor Alvarez nunca se condujo por miras de propio interes. Pero tampoco era ni podia ser insensible á la gloria. Y ya que en vida no la recojió en la suma que merecia, aunque piadosamente deba esperarse que goza de la del cielo; justo será que acá no se le defraude de la póstuma que le pertenece.

66. Yo me considero el último entre sus últimos discípulos. Pero admitido á su amable trato desde mi infancia, favorecido con sus lecciones, enseñado por sus ejemplos, honrado con presentes literarios de su bondad, y excitado por mi amigo el Sr. Dr. D. Doroteo José de Arriola, actual Juez 1º de 1ª instancia de esta Ciudad y su departamento, para formar estos pobres apuntes: no quise ni debia negar á este Sr. una señal de mi buena voluntad; ni á la memoria de tan insigne Varon, la de mi agradecido respeto.

Guatemala, 1º de diciembre de 1854. Año 33 de su Independencia.

José Mariano Gonzalez.

PROLOGO DEL AUTOR.

Cualquiera que se encargue de una cátedra de Derecho civil, conocerá que no es fácil desempeñarla con aprovechamiento de los cursantes, por no haber una obra que reuna las calidades que se requieren. Esta falta es tan notable, que haciéndose cargo de ella la Real Cédula de 12 de julio de 1807, en que se forma un nuevo plan de estudios para Salamanca y demas Universidades de España, hablando de la cátedra de elementos de derecho real, dice: «que en ella se usará por ahora de las Ins-
« tituciones que publicaron D. Ignacio de
« Aso y D. Miguel de Manuel y Rodriguez,
« corrigiendo el maestro en viva voz sus equi-
« vocaciones, inexactitudes y yerros, no paran-

« do hasta imprimir unas observaciones tan
« precisas en cuanto se carece de elementos
« del derecho real que merezcan preferirse.»
Es de advertir que en el tiempo en que se espidió esta Real Cédula, hacía ya algunos años que circulaba por España la obra de D. Juan Sala, *Ilustracion del derecho real*, y que desde luego no se juzgó digna de preferirse á la Instituta de Castilla. Es verdad que reune mucha doctrina útil para los profesores; pero para los principiantes, á quienes es preciso enseñar por principios, sin entrar en el laberinto confuso de sus diversas combinaciones, se hace desear un método mas exacto y adecuado á su comprension. Los tratados difusos, los análisis de las leyes y sus aplicaciones á los varios casos que puedan ocurrir, no lo son para aquellos á quienes, en el corto tiempo de sus cursos, apénas pueden darse las primeras nociones y elementos de la facultad. Bajo este supuesto, y de que siempre es útil que los maestros compongan obras para sus cátedras, encarga la misma Real Cédula: «que los catedráticos pro-
« curen escribirlas para sus asignaturas, es-
« pecialmente donde falten enteramente, ó no
« las hay cuales se necesitan.»
Por lo que á mí hace, desde que me encargué de la de Instituciones de Justiniano, fuí formando algunos apuntamientos que me facili-

tasen la enseñanza; y he aquí como, corriendo el tiempo, llegué á formar los cuatro libros. Seguí el órden de los títulos de la Instituta de los Romanos, no obstante que pudiera adoptar otro mejor, y he procurado acomodarme á las definiciones, principios y consectarios de las Recitaciones de Heineccio; porque, á mas de encerrar los fundamentos generales de nuestra legislacion, la esperiencia de catorce años me ha enseñado, que su método es el mas á propósito para el aprovechamiento de la juventud. Así, sin apartarme del fin primario de mi cátedra, creo haber cumplido con el auto acordado 3 tít. 1 lib. 2, que previene: «que los « catedráticos cuiden leer con el derecho de « Romanos las leyes del reino correspondien- « tes á cada materia.»

Mi ánimo jamas fué dar á luz una obra compuesta para mi uso privado y el de mis discípulos, á quienes su aplicacion dedicaba á copiar los pliegos que yo iba formando; mas como si lo hacian por sí, les quitaba esta ocupacion algun tiempo y les salia muy cara si la daban á escribir, cedí á estas consideraciones á sus instancias, y á las de varios profesores que me han animado á publicarla. Estas circunstancias, pues, me eximen de la cláusula con que acostumbra cada autor en su prólogo prevenir la opinion, y no hace otra cosa que descu-

brir su desconfianza con solicitar el disimulo de sus errores. Por el contrario: el medio de mejorarlas seria el de que cada uno los fuese anotando, de manera que contribuyendo con sus luces los profesores, se reuniesen las observaciones de todos para mejorar cada edicion hasta lograr una obra completa. Tales son mis deseos; y quedo contento de haber ejecutado lo que estaba á mis alcances.



COMPENDIO

DE LA

HISTORIA DEL DERECHO DE ESPAÑA.

Como este compendio no tiene otro objeto que dar á los principiantes alguna idea de los códigos de nuestro derecho, solo haré en él una breve relacion de aquello en que convienen nuestros autores, desentendiéndome de las prolijas disputas que suelen mezclarse en esta materia.

II—Aunque no faltan quienes hayan querido descubrir las leyes con que se gobernaron los primeros fundadores de España, antes de la invasion de los Cartagineses en ella (*); no obstante, sobre este particular es menester confesar que no tenemos cosa cierta. Lo mas probable parece ser que no tuvieron leyes escritas, gobernándose sin duda, por las de costumbre y por juicios arbitrarios, fundados en equidad y justicia. Se cree que los Cartagineses comenzarían por lo ménos, á introducir las suyas en las provincias que dominaron. Pero aun esta congetura no carece de inverosimilitud, si se atiende al corto tiempo que duró su gobierno; que fué de poco mas de doscientos años, y á las contínuas guerras de que estuvieron agitados en todo él.

III—A los Cartagineses siguieron los Romanos en la dominacion de España, y de éstos no hay duda que luego que perfeccionaron la conquista de todas sus provincias, introdugeron en ellas su lengua, sus costumbres y su legislacion.

(*) Prieto Sotelo lib. 1 cap. 3 n. 3 y sig.

IV—En la decadencia del Imperio romano de occidente, pasó España á la dominacion de diferentes naciones bárbaras del norte, como fueron los Godos, los Vándalos, los Alános, los Suevos y Silingos. Todos ellos se disputaron largo tiempo el dominio, hasta que los Godos, con la ruina ó destierro de todas las otras, quedaron por dueños únicos de España; lo que sucedió hácia el año 412 de Jesucristo. Los Godos, en el principio de su reinado, permitieron á los Españoles continuar usando de las leyes romanas á que parece estaban acostumbrados, y poco á poco fueron ellos estableciendo algunas. El primero que las dió escritas, fué el Rey Eurico que murió el año de 483. A ellas añadieron otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo, quien enmendó y arregló las que había, quitando las superfluas y añadiendo otras necesarias.

Fuero Juzgo.

V—El primer código de leyes godas, es el famoso que se publicó el siglo 7° en latin, con el nombre de *Liber Judicum*, llamado tambien *Fuero de los Jueces*, ó *Fuero Juzgo*, y se tiene por fuente y orígen de las leyes de España. Divídese esta obra en doce libros repartidos en títulos, y sus leyes se componen de edictos de diversos reyes godos; de decretos de varios concilios toledanos, y de otras leyes cuyo orígen no se espresa. Se duda sobre su autor, y unos lo atribuyen á Sisenando, otros á Chindasvinto, y otros á Recesvinto, que todos florecieron en el siglo 7.°
VI—Despues de la entrada de los Arabes en España, que sucedió el año de 714, en que se arruinó la monarquía goda, continuaron en regir las leyes godas, por muchos años, en las provincias que se preservaron de los Moros y en las que se iban recobrando, gober-

nándose por ellas y por las costumbres de la nacion en general. La division de las provincias, que se conquistaban á los Moros, y la diferencia que con el tiempo se iba notando en muchas cosas del gobierno particular de cada una, originaron la variedad de códigos que se establecieron en ellas. En Castilla se estableció, á fines del siglo X y principios del XI, por su Conde D. Sancho García, el *Fuero* llamado *viejo de Castilla*, cuyas leyes son, despues de las del Fuero Juzgo, las fundamentales de la corona de Castilla separada de la de Leon. D. Alonso VII, en las Cortes de Nágera de 1128, lo aumentó y enmendó publicando diferentes leyes respectivas al estado de los nobles. A ellas se unieron despues varios usos y costumbres de Castilla, y diferentes *fazañas* ó sentencias pronunciadas en los tribunales del reino, las cuales rigieron hasta el reinado de D. Alonso XI, que quiso fuesen preferidas las del código que arregló y publicó en las Cortes de Alcalá del año de 1348, conocido por el nombre de *Ordenamiento Real de Alcalá*. Ultimamente, el Rey D. Pedro, en las Cortes de Valladolid de 1351, enmendó y arregló el *Fuero de Castilla*, en la forma que ha llegado á nuestros tiempos, siendo conocido tambien por los nombres de *Fuero de los Hijos-dalgo*, *Fuero de Burgos*, y *Fuero de las fazañas, albedríos y costumbres antiguas de España*.

VII—En el reino de Leon dió el Rey D. Alonso V, en las Cortes generales que tuvo en la ciudad de este nombre, el año de 1020, el Fuero llamado de Leon, compuesto de leyes establecidas en aquella asamblea para el gobierno de la misma ciudad y reino, con inclusion de Galicia y la parte de Portugal conquistada hasta entonces, continuando en regirse por ellas, hasta que se publicó el código llamado *Fuero Real*; y

aunque se establecieron en Castilla y Leon los dos fueros referidos, castellano y leonés, continuaron en observarse tambien en sus provincias, mas ó ménos respectivamente, las leyes del Fuero Juzgo en todo lo perteneciente al derecho comun, hasta que con el tiempo se fué entibiando su observancia, principalmente en Castilla la Vieja. Pero, si decayó su vigor en ésta, lo recobró en la estension de Castilla la Nueva y las provincias que se fueron conquistando desde el reinado de D. Alonso VI, hasta principios del de D. Alonso el Sabio, cuyos Monarcas dieron las leyes de este código á los pueblos conquistados para su gobierno, en todo lo perteneciente al derecho comun.

Fuero Real.

VIII—El Rey D. Alonso X, llamado el Sabio (*), deseando anular los fueros de poblacion y conquista, y los generales de Castilla y Leon, para evitar la confusion y aun complicacion de tanta multitud de leyes diferentes en cada provincia, ordenó y publicó, en el año de 1255 el *Fuero Real*, conocido tambien por los nombres de *Libro de los Consejos de Castilla, Fuero de las Leyes, y Fuero de la Corte*, porque se decidian por él principalmente los juicios en los tribunales de la Corte, mandando que sus leyes fuesen generales y únicas en todos sus dominios; pero reconociendo la nobleza y los pueblos, particularmente de Castilla, que por ellas quedaban derogados sus antiguos fue-

(*) No faltan quienes defiendan que D. Alonso el Sabio fué IX y no X, y que el X fué el autor del Fuero Real, y por consiguiente que éste es posterior á las Partidas. Los fundamentos de esta opinion no parecen de mucha gravedad y pueden verse en Colon *Librer. de Escrib.* lib. 1 cap. 2 núm. 10.

ros y franquezas, las reclamaron y recobraron en tiempo del mismo Rey D. Alonso, cesando entre ellos la observancia del Fuero Real, el cual se aceptó generalmente en Extremadura, en Algarve, Andalucía, Reino de Murcia etc.; habiendo hecho el mismo reclamo los consejos de las ciudades y villas de la corona de Leon, en tiempo de las discordias del infante D. Sancho con su padre el mismo Rey D. Alonso, capitulando entre otras cosas el restablecimiento de las leyes del Fuero Leonés y Fuero Juzgo.

Leyes del Estilo.

IX—El Fuero Real, no dejó de tener muchos defectos. Con este motivo, para su mayor declaracion é inteligencia, fué necesario se compusiesen las advertencias llamadas *Leyes del Estilo*, en número de 252, con autoridad del mismo Rey D. Alonso, de su hijo D. Sancho y de D. Fernando el Emplazado, segun se declara en su prólogo. Se publicaron á fines del siglo XIII ó principios del XIV, y algunas de ellas se hallan insertas en la Nueva Recopilacion de Castilla.

Las Siete Partidas.

X—Despues del Fuero Real, se sigue el código celebrado de las Partidas. El prólogo de esta obra nos refiere, que el Rey D. Alonso el Sabio, la emprendió por mandado de su padre S. Fernando el año de 1251 4º de su reinado; y que la acabó siete años despues. No se observaron estas leyes, hasta el tiempo de D. Alonso XI (hácia el año de 1348), quien por la ley 1 tít. 28 de su Ordenamiento de Alcalá las publicó y dió valor, habiéndolas antes enmendado y corregido á su satisfaccion. Esto mismo consta en la ley 3 tít. 1 lib. 2 Rec. de Cast. Se tiene por cierto que la causa de haberse dilatado tanto tiempo la publicacion

de este código, fueron las turbulencias, guerras y otros gravísimos negocios ocurridos en el reinado de D. Alonso el Sabio, y en los dos siguientes.

XI—Se componen las Partidas en gran parte de leyes del Derecho romano, de capítulos del Derecho canónico y de autoridades de los Santos Padres. Es evidente que contiene al mismo tiempo muchas leyes antiguas del reino, y que se consultaron las costumbres y fueros de la nacion, deseando saliese un cuerpo legal, perfecto y peculiar de nuestra España; pero este objeto tan importante, no se logró completamente.

Ordenamiento de Alcalá.

XII—D. Alonso XI, queriendo que todos sus reinos se gobernasen por unas mismas leyes, teniendo presentes las que promulgó en las Cortes de Ciudad-Real y Segovia, formó en las de Alcalá, año de 1348, el Ordenamiento de Leyes, conocido por este nombre, mandando que rigiesen en sus dominios con preferencia á los códigos antiguos, y despues de ellas, las de los Fueros Municipales de los pueblos, y las de las Partidas, habiéndolas antes corregido; lo cual renovó D. Enrique II en las Cortes de Toro, año de 1369, y la Reina Doña Juana en la ley 1ª de Toro, que se halla inserta en la Nueva Recopilacion. Casi todas las leyes de este código, se pasaron así mismo á dicha Recopilacion, ó enteras ó con alguna leve mutacion. (*)

(*) Los Reyes D. Fernando y Doña Isabel, en las Cortes de Toledo celebradas en 1502, dispusieron las ochenta y tres leyes llamadas de Toro, porque en la ciudad de este nombre fueron promulgadas de órden de los mismos D. Fernando y Doña Isabel en 7 de marzo de 1505. Estas leyes estan insertas en el Código de la Novísima Recopilacion; aunque tambien corren impresas por se-

Ordenamiento Real.

XIII—De las leyes de este código y de las que promulgaron los Reyes sucesores, desde D. Alonso XI hasta los Reyes Católicos, se formó el que conocemos con el título de *Ordenanzas Reales de Castilla*, y tambien con el de *Ordenamiento Real*. Se compone de varias leyes, ya dispersas, ya contenidas en el Fuero Real, Leyes del Estilo, y Ordenamiento de Alcalá, y se divide en ocho libros. Se cree que su autor Alonso Montalvo emprendió esta obra, de órden de los Reyes D. Fernando y Doña Isabel, como lo asegura él mismo en su prólogo; pero nunca se espidió ley alguna que diese fuerza á esta compilacion, por lo que sus leyes no tienen otra que la que merecen en su original.

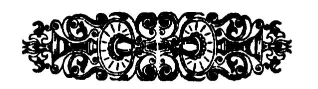
Nueva Recopilacion de Castilla.

XIV—A las referidas colecciones, se siguió otra que se llamó la *Nueva Recopilacion*. Esta se concluyó y publicó el año de 1567, en dos tomos comprensivos de nueve libros, incorporándose en ella las leyes que corrian en varios cuadernos, y otras que se hallaban sueltas. En las posteriores ediciones hechas en los años de 1581, 92 y 98, 1640, 1723 y 1745, se le fueron aumentando muchas leyes establecidas en el tiempo intermedio de una edicion á otra; de suerte que en la de 1745 se le añadió un tercer tomo, en el cual, bajo el nombre de *Autos acordados del Consejo*, se incluyeron mas de quinientas pragmáticas, cé-

parado con comentarios é ilustraciones por varios autores, siendo las mejores, en nuestro concepto, las del Maestro Antonio Gomez; y las que últimamente publicó D. Sancho de Llamas y Molina.

copilacion de Indias. IV Por las de la de Castilla. V Por las del Fuero Real, sin ser necesaria la prueba de su uso por no estar derogadas. (*) VI Por las de los Fueros municipales que tuviere cada ciudad, en lo que fueren usados y guardados. VII Por las de las Siete Partidas; y habiendo en ellas oposicion ó contrariedad, debe consultarse al Rey para que las interprete, declare ó enmiende, segun previene la Ley 3 tít. 1 lib. 2 Recop. de Cast. Lo mismo se ha de practicar cuando en ninguno de los cuerpos de nuestro Derecho se encuentre ley oportuna de donde se pueda sacar la decision que se necesita, por no haber ya facultad para recurrir en estos casos á Bartolo, á Baldo, ni á Juan Andres, como mandaba una ley de Madrid, que se halla derogada por la citada Ley 3 tít. 1 lib. 2 Recopilacion de Castilla, que es la 3ª tít. 2 lib. 3 Nov. Recop.

(*) Véase en Febrero *librer. de escrib.* cap. 14 § 3 núm 36 la Real Cédula que refiere de 15 de julio de 1788 y á Colon *instr. jurid. de escrib.* lib. 1 cap. 2 núm. 19.



LIBRO I.

DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

TÍTULO I.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

PARTE I.

De la justicia y sus divisiones.

SUMARIO.

1 Fin de la Jurisprudencia.
2 Quienes se apartan de este fin.
3 Qué es justicia en general, y primer division de ésta en moral y civil.
4 De la justicia, que es el fin de la Jurisprudencia.
5 Subdivision de la misma en expletriz y atributriz; y esplicacion de los oficios perfectos é imperfectos.
6 Definicion de la justicia expletriz y atributriz.
7 Por qué admite coaccion la expletriz y no la atributriz?
8 Cuántos y cuáles son los preceptos del derecho y de la justicia?
9 Otra division de la justicia en universal y particular; y subdivision de ésta en conmutativa y distributiva.
10 Impropiedad de aquella division.

Como cualquiera que se dedica al estudio de alguna ciencia, debe saber el fin á que ella se destina, diremos aquí brevemente cual sea el de la Jurisprudencia, de que vamos á tratar. El fin último á que esta noble ciencia dirige sus conocimientos, es la observancia de la justicia, y este mismo debe ser el fin próximo de un buen jurisconsulto. Porque así como la felicidad eterna de los hombres es el fin último de la Teología, y la sanidad del cuerpo humano el de la Medicina, porque á esto dirigen sus miras estas facultades; así tambien el fin de la Jurisprudencia y

del jurisconsulto que se aplica á ella, debe ser la tranquilidad interna de la República, que no se consigue si no es por medio de la justicia. No nos quedará duda de esta verdad, si reflexionamos que quitada ella, la vida de los hombres será semejante á la de los peces, entre los cuales el mayor devora al menor. Se inventó, pues, la Jurisprudencia para que los derechos de todos fuesen guardados; para que se dé á cada uno lo que es suyo, se premien las virtudes, y se castiguen los vicios. Es decir, para que vivan los hombres una vida quieta y tranquila, en piedad y honestidad, como dice el Apóstol.

2—De este fin se apartan los que se aplican al estudio del derecho, con la mira de defender cualesquiera causas en el foro y hacer ganancias arruinando las fortunas de los hombres. Estos no se deben llamar abogados ni jurisconsultos, sino buitres togados, tanto peores que los ladrones, cuanto mas impunemente roban bajo la capa de defender la justicia. Quede, pues, profundamente impreso á los cursantes de derecho, que el fin de la Jurisprudencia no es otro que la guarda de la justicia.

3—Veamos ahora qué cosa es la justicia, y como se divide. La justicia, tomada en general, podemos decir que es: *la observancia de todas las leyes que previenen no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo y vivir honestamente.* (1) Se divide en *moral y civil.* La justicia moral, es una virtud que reside en el alma, ó un hábito con el cual el hombre arregla todas sus acciones á la ley. (2) En este sentido, pues, no es justo aquel que cumple en el esterior con los oficios á que está obligado, si no los practica por

(1) Arg. de la ley 3 tít. 1 Part. 3.
(2) Ley 1 tít. 1 Part. 3.

amor de la virtud: el fariséo que se jactaba de no ser ladron, adúltero ni publicano, no era moralmente justo, porque solo se abstenía de estas acciones malas por hipocresía, y no por amor de la virtud. Por el contrario, justicia civil se dice aquella que hace al hombre arreglar sus acciones esternas á las leyes; pero sin que esto nazca de amor á la virtud, ni de rectitud de juicio, sino por miedo de la pena. De aquí se infiere, que si uno paga los tributos a que está obligado al príncipe, se abstiene de matar, de robar, ó de otro modo dañar á ninguno de sus conciudadanos; será justo civilmente, aunque todo esto lo practique contra su voluntad, aunque sea un hipócrita, y aun cuando fuese un ateista. Esto nace de que como son los medios, así es el fin: los medios que la Jurisprudencia subministra, son las penas y los premios. Estos no hacen justos moral, sino solo civilmente; porque en el fuero esterno ninguno es castigado por culpa que no turba la tranquilidad de la república, que es el fin de la sociedad. Luego la justicia, que es el fin de la Jurisprudencia, no es otra que la civil.

4—De lo dicho se infiere el juicio que se debe hacer de la definicion de la justicia que dá Justiniano y la ley de Partida (3), diciendo: *que es una constante y perpetua voluntad de dar á cada uno lo que es suyo.* Esta definicion es buena, aunque no para esplicar la justicia de que aquí tratamos. Las palabras *constante y perpetua* voluntad le sirven de género, y quieren decir lo mismo que virtud, porque entre los Estoicos, de cuya filosofía es tomada, toda virtud era una voluntad constante y perpetua. Por aquellas palabras *de*

(3) Ley 1 tít. 1 Part. 3. *Raigada virtud, que dura siempre en las voluntades de los omes justos, é da é comparte á cada uno su derecho egualmente.*

dar á cada uno lo que es suyo, se determinaba aquel género, y se aplicaba á la justicia, que es el oficio de la diferencia específica. Pero esta justicia, segun hemos esplicado, es la moral, que no es el fin de la Jurisprudencia, ni se puede conseguir por solo sus preceptos. Concluyamos, pues, definiendo en términos precisos, la justicia civil de que vamos á tratar: *es la conformidad de las acciones esternas á las leyes, para no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo, y vivir honestamente* (4) [*].

5—Se divide la justicia en *expletriz y atributriz*. Para entender esta division es necesario advertir que los oficios [**], á que estamos obligados para con los demas hombres, son de dos maneras. Unos son mandados por la ley como necesarios, de tal suerte que pueden ser forzados, y aun castigados los que no los cumplen. Tales son los que nacen de aquel principio, que es fuente de todos los oficios perfectos: *Lo que no quieres te sea hecho á tí, no lo hagas á otro.* De donde se infiere, que ninguno debe matar, injuriar, ni dañar á otro; que se deben pagar las deudas; que se deben guardar los pactos, etc. El que falta á algun oficio de estos, ó rehusa cumplirlo, puede ser

(4) Dicha Ley 3. tít. 1. Part. 3.

[*] Tambien puede definirse la justicia, diciendo que es, la exacta proporcion entre la obligacion y su desempeño.

[**] Por oficio entendemos una accion que se debe conformar á alguna ley, por nacer de obligacion perfecta ó imperfecta. No es necesario que la ley mande precisamente amenazando con pena eterna: basta que sea, ó con pena temporal, ó con algun desagrado de Dios, ó que sea omision de algun acto virtuoso. Para mejor inteligencia de esto, léase el cap. 5 del Derecho natural de Heineccio.

castigado por los jueces, ú obligado á su cumplimiento; y por esto semejantes *oficios* se llaman *perfectos*. Otros hay que son recomendados por la ley como virtuosos; pero á ninguno fuerza á prestarlos, sino que los deja á la libertad de cada uno. Tales son los que se deducen de aquel otro principio, que lo es de todos los oficios imperfectos: *Todo lo que quieres te sea hecho á tí, hazlo á otro*; v. gr. comunicar á otro que lo necesita, lo que nos sobra ó nada nos cuesta; dar limosna, y hacer otros beneficios á los demas; los cuales se llaman *oficios de humanidad y beneficencia*. El que no los cumple, en realidad es inhumano; pero no puede ser reconvenido delante del juez, ni forzado con penas á practicarlos; y por esto se dicen *imperfectos*.

6—Con lo dicho, facilmente se esplica cual sea justicia *expletriz* y cual *atributriz*. Expletriz, es la que dá á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Segun esta definicion, el que se abstiene de hurtar, y de dañar de cualquier modo á otro; el que paga lo que debe; el que cumple los pactos ó contratos que ha hecho, se dice que observa la justicia expletriz: porque todos estos oficios se deben con derecho tan perfecto, que el que los niega puede ser compelido por el magistrado á prestarlos. Por lo contrario, la atributriz es aquella que dá á cada uno lo que se le debe por sola humanidad y beneficencia; es decir, que dá lo que debemos á otro, sin poder ser compelidos á cumplirlo. Diremos, pues, que observa esta justicia el que dá limosna á los necesitados; el que muestra el camino al que lo ha errado, etc.

7—Si se pregunta, por qué la justicia expletriz admite coaccion, y la atributriz no, se puede dar una razon de esta diversidad, remitiendo al derecho na-

tural (5) á los que quieran saber las fundamentales. Todos los oficios perfectos se deben por una cierta y determinada persona; de suerte que si esta no los cumple, no hay otra de quien poderlos exigir. Por ejemplo: si Ticio me debe cien pesos, de solo él los puedo exigir, y me burlarian con mucha razon si no pagándomelos él, se los pidiese á Cayo. Por el contrario; los oficios imperfectos se deben por todos los hombres, y no por determinada persona; y así, á un pobre, v. gr., le debo dar limosna; pero no solo yo, sino tambien los demas hombres: por lo cual, si yo se la niego, puede pedirla con el mismo derecho á Cayo, á Sempronio y á cualquiera de los otros. Debiéndose, pues, los oficios perfectos por una cierta y determinada persona, debe ésta ser compelida á cumplirlos, porque de otra suerte quedaría yo privado de mi derecho; mas para los imperfectos no fué necesario establecer coaccion, porque no queda sin recurso un mendigo que sufre repulsa de uno ú otro (a).

8—De esta division de la justicia que hemos espli-

(5) Véase el cap. 1 del Derecho natural de Hein.

(a) No obstante lo dicho, hay un caso en que el derecho imperfecto que nos dá la ley de la humanidad, se cambia en derecho perfecto y rigoroso: éste es el de una extrema necesidad; pero deben concurrir las circunstancias siguientes: 1ª que la persona que exije de nosotros algun servicio de humanidad, esté en riesgo de perecer si se le negamos, ó que á lo ménos se halle espuesta á sufrir algun daño muy considerable: 2ª que no pueda en aquel momento recurrir á ninguno sino á nosotros, para salir del lance; y 3ª que no nos hallemos nosotros mismos en igual necesidad, es decir: que podamos conceder lo que se nos pide, sin esponernos á algun grave daño. BURLAMAQUI, *Elementos de derecho natural,* tom. 1 cap. 3 pág. 141.

cado, se deducen con claridad los tres preceptos del derecho. Estos son: *vivir honestamente, no dañar á otro, y dar á cada uno lo que es suyo.* Es verdad que se podian referir otros muchos; pero todos se reducen á estos tres, segun la division hecha, porque la justicia es, ó atributriz ó expletriz. La atributriz se versa acerca de los oficios imperfectos que nacen de la honestidad y decoro; por lo cual es precepto del derecho, *vivir honestamente.* La expletriz se versa acerca de los oficios perfectos. Nos manda, pues, ó abstenernos de los vicios prohibidos por las leyes, ó hacer aquellas cosas que éstas ordenan. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la ley, cumple el precepto de *á ninguno dañar*: el que hace lo que las leyes mandan, satisface al precepto de *dar á cada uno lo que es suyo.* Estos tres preceptos son, sin duda alguna, las fuentes de todo el derecho, y como á tales se deben referir á ellos todas las doctrinas de la Jurisprudencia. Así, por ejemplo: el que se abstiene de hurtar, de robar, de matar y de dañar, es justo, porque á ninguno daña: el que cumple los contratos, guarda los pactos etc., es justo, porque da á cada uno lo que es suyo: el que se porta en la República como buen ciudadano, procura ser útil á la patria, se ocupa en obras buenas, y vive templada y modestamente, es justo, porque vive honestamente. De suerte que abrazan mas estos tres principios de lo que aparece á primera vista.

9—Síguese otra division de la justicia, la cual segun la mente de los autores es, ó universal ó particular, y ésta ó conmutativa ó distributiva; pero una y otra es poco exacta. Daremos sus definiciones segun la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está tomada dicha division. La universal, se-

gun el filósofo, es *el ejercicio de todas las virtudes para con los demas.* En este sentido, si uno es justo, liberal, humano y modesto, será justo con esta justicia universal. La justicia particular, es aquella que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes esteriores, ni toma para sí mas utilidad, ni grava á otro con mas pérdida de la que conviene: v. gr., si uno en la distribucion de los oficios, honores y premios, no tiene la mira en algun interes suyo, sino que dá á cada uno lo que se le debe, éste guarda la justicia particular. Esta es, ó conmutativa, ó distributiva: la conmutativa, es la que mira á la cosa recibida, y no á las cualidades de la persona; de manera que guarda una perfecta igualdad, como la que se observa en los contratos: v. gr., un panadero no vende el pan á ménos precio á un senador que á un zapatero; si de otra suerte lo hiciese, seria injusto. La distributiva, por el contrario, es la que mira á las cualidades de la persona, y así no puede guardar una perfecta igualdad, sino solo la que llaman geométrica: v. gr., el Príncipe distribuye los oficios; á uno hace consejero, á otro secretario, á otro cónsul, á otro presidente, á otro verdugo (b). Mas ¿se podrá llamar injusto porque á éste hizo consejero, porque no guardó igualdad, siendo todos ciudadanos? Antes bien, seria injusto si á todos sin discernimiento encomendase unos mismos empleos, porque

(b) Se llama igualdad ó proporcion *aritmética*, una rigorosa y perfecta igualdad de cosa á cosa, como de ciento á ciento, ó de otro justo precio respecto de la cosa comprada, sin respicencia alguna á las personas; y proporcion *geométrica*, se entiende aquella que dá á cada uno lo que debe haber, segun la desigualdad de sus personas, y con proporcion al estado y condicion de cada una de ellas.

en distribuir los honores, los premios y los castigos, no se debe atender solo á la sustancia de la cosa, sino principalmente à las cualidades de la persona.

10—Así se esplican los autores, segun la mente de Aristóteles. Pero semejante division, no es digna de aprobarse, así por no ser necesaria, bastando la que se dió arriba, como porque si se quiere tener por rigorosa division, es poco exacta. La razon es, porque en las divisiones un miembro no debe comprender á otro; y así, v. gr., sería un absurdo dividir al hombre en todo el hombre, y en un dedo. Lo sera, pues, tambien dividir á la justicia en universal que comprenda todas las virtudes, y en particular que solo abrace una opuesta á la avaricia [*].

[*] Es verdad que la palabra justicia se puede tomar, y aun se toma frecuentemente, por un conjunto de todas las virtudes, y en este sentido llama el Evangelio á S. José justo: *Ioseph autem vir ejus cum esset Iustus. Mat.* 1. No obstante, hablando en rigor lógico, es mala la division de la justicia en universal y particular, por la razon alegada. Diremos, pues, que la palabra justicia tiene dos acepciones: una en que se toma por el conjunto de todas las virtudes, y el hombre que las tiene se llama justo; y otra en que se denota una virtud especial, que tiene el objeto que hemos esplicado.



PARTE .II.

Del Derecho ó de la Jurisprudencia.

SUMARIO.

1 Qué se entiende por la palabra Derecho, y qué es Jurisprudencia?
2 En qué se distingue la Jurisprudencia de las demas ciencias.
3 Requisitos para ser Abogado.
4, 5, 6. Continuacion de la misma materia.
7 De la interpretacion del Derecho, y sus especies.
8 Division de la interpretacion doctrinal en estensiva, restrictiva y declarativa.
9 De la aplicacion de las leyes.
10 Primera division del Derecho en público y privado.
11 Se divide tambien el Derecho en natural, de gentes y civil.

Por esta palabra *derecho* no se entiende aquí otra cosa, que el conjunto de las leyes; y segun la calidad de que sean éstas, lo es tambien el derecho que constituyen. Así, v. gr., Derecho natural, ės el que se compone de las leyes naturales. Derecho divino, es el conjunto de las leyés divinas; y civil, la coleccion, formada de las leyes civiles. Ahora, pues, la ciencia de este Derecho civil, es la que se llama Jurisprudencia, *y es una ciencia práctica de interpretar bien las leyes, y de aplicarlas á los casos ocurrentes* (6) [*]. En esta definicion, el género es *ciencia*

(6) Ley 13 tít. 1 Part. 1: 8 en el princ. tít. 31 Part. 2 Proem. y Ley 36 tít. 34 Part. 7.

[*] En el § 1 de este tít. se define la Jurisprudencia *divinarum atque humanarum rerum notitia, justi, atque injusti scientia.* Una noticia de las cosas divinas y humanas, no es otra cosa, que lo que los antiguos entendian por filosofia; y esto es lo que Ulpiano toma para género de esta definicion. Mas como la filosofia tiene por objeto lo verdadero, y lo falso en la lógica, lo bueno y lo malo en la moral, y las causas de todos los efectos naturales en la física; no cuidando de ninguna materia de estas la Jurisprudencia, de ahí es que le añade por dife-

práctica; porque no aprendemos el derecho para hacer de él una nuda especulacion, sino para ponerlo en práctica: un físico, v. gr., especula qué cosa sea el viento, ó cual la naturaleza de la luz, y con esto se contenta, aunque nunca haga uso de sus conocimientos. Mas el jurisconsulto no aprende qué cosa

rencia específica, *una ciencia de lo justo y de lo injusto*: es decir, que la Jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Así se esplicaba Ulpiano; pero muy mal. Lo primero, porque es falso que la Jurisprudencia sea filosofía ó parte de ella, pues esta ciencia deduce sus doctrinas de solo la recta razon, como único principio de conocer; y la Jurisprudencia principalmente de las leyes escritas, aunque no se conozcan por sola la razon. Lo segundo, porque esta definicion tuvo su orígen de la emulacion que habia entre los filósofos y los jurisconsultos. Estos despreciaban á aquellos por su afectacion y por sus estraños modos de opinar, nada útiles á la república; y creian que eran mejores filósofos, porque procuraban mejorar las costumbres de los hombres, por medio de las penas y de los premios. Esta emulacion entre los jurisconsultos y los filósofos, es la verdadera razon de que Ulpiano definiese en estos términos la Jurisprudencia, con la mira de atribuirle á ella todo lo que los filósofos atribuian á la filosofía, aunque no haya razon alguna para llamarla ciencia de las cosas divinas y humanas.

El Barbadiño, criticando estas definiciones antiguas, dice así en la carta 13. «No quiero salir de la mas céle« bre que es la de la Jurisprudencia, la cual dió Ul« piano y repite Justiniano en las Instituciones, *Juris« prudentia est divinarum atque humanarum rerum « notitia, justi, atque injusti scientia*. Esta definicion « ha quebrado la cabeza á los jurisconsultos, que por « bien ó por mal quieren que sea buena. Si Ulpiano « parase en decir, que era ciencia de lo justo é injusto,

sea contrato, qué restitucion *in integrum*, ni como se forma un libelo, para solo complacerse en esta ciencia, sino para saber celebrar un contrato, ó decidir si está bien celebrado, ó no: para pedir en juicio la restitucion *in integrum* por sí, ó por otros cuando sea necesario; y para que cuando alguno intente privarlo de su derecho, pueda presentar al juez un libelo bien formado. Todo aquí es práctico, ó se ordena á la práctica; y por esta razon definimos á la Jurisprudencia, diciendo que es una *ciencia práctica*.

2—La diferencia, por la que la Jurisprudencia se distingue de las demas ciencias práticas, es la interpretacion y aplicacion de las leyes; y por eso se añade en la definicion, de *interpretar bien las leyes, y de aplicarlas á los casos ocurrentes*. Lo primero, pues, que hace un jurisconsulto, es saber las leyes: despues pasa á darlas una recta interpretacion; y finalmente las aplica á los casos que cada dia se ofrecen en la vida civil. Estas tres calidades de tal suerte estan unidas entre sí, que si alguno quisiese separar una sola de ellas, aunque tuviese las demas, no merecería el nombre de jurisconsulto. Porque si suponemos que sabe las leyes, pero no las interpreta bien, no será jurisconsulto, sino *leguleyo*. El que las sabe y las interpreta, pero no es ca-

« se podia perdonar; pero decir que comprende las co-
« sas divinas y humanas, es querer que la llamemos en-
« ciclopedia, ó para decirlo mas claro, es querer que
« demos una carcajada.» Y no dijo esto Barbadiño porque no haya entendido tan descabellada definicion; pues la entiende de la misma suerte que Acursio, quien preguntado ¿si sería preciso que el jurisconsulto estudiase teología? Respondió que no, dando por razon la siguiente: *Nam omnia in corpore juris inveniuntur*.

paz de aplicarlas, será jurisperito, mas no jurisconsulto. El que las aplica, esto es, se entrega á la práctica temerariamente, y á producir allí los estudios crudos, careciendo todavía de la competente ciencia, discrecion y tino, se llama *rábula*. Finalmente, el que sabe las leyes, las interpreta bien, y las aplica erudita y juiciosamente en los casos que se le ofrecen; éste solo merece con verdad, el nombre de jurisconsulto, ó de sabio en el derecho (7).

3—Siendo de tantas obligaciones el empleo de los jurisconsultos, á que llamamos en España é Indias *Abogados*, han procurado nuestras leyes que los que lo hayan de ejercer, estén adornados de toda la ciencia y práctica que es necesaria. Deben, pues, no solo estar instruidos en todas las leyes del reino (8), sino que tambien, despues del grado de bachiller, el que puede ser en derecho canónico ó civil [*] en universidad aprobada, han de haber practicado cuatro años en estudio de abogado aprobado, y ser examinados por la Audiencia del reino, segun y en la forma que se estila en todos los tribunales de España (9).

4—Mas habiéndose advertido posteriormente que

(7) L. 13 tít. 6 P. 3.

(8) L. 4 tít. 1 lib. 2 Rec. de Cast.; ó 5 tít. 2 lib. 3 Nov. Rec.

[*] Esto es en América, pues en España no basta el grado en canónes. Real resolucion de 18 de diciembre de 1804.

La ley 14 tít. 8 lib. 8 de la Nov. Rec. previene en general, que no se admitan á exámen para la recepcion de abogados, sino á los que hayan obtenido el grado en derecho civil, no bastando serlo en derecho canónico.

(9) Auto acord. 23 tít. 2 lib. 3: L. 5 tít. 10 lib. 5 Nov. Rec.

estaba demasiado fácil el ingreso á una profesion en que se desea la madurez, esperiencia y estudio continuado, y que el poco tiempo que se necesita para aspirar á ella, rebaja mucho la estimacion á que son acreedores los que despues de un estudio largo y profundo en los derechos, y una práctica sólida y estensa, han llegado al término de sus afanes, se mandó (10): que nadie pueda ser recibido de abogado sin que haga constar, que despues del grado de bachiller ha estudiado cuatro años las leyes del reino, presentándose en las universidades en que hay cátedras de esta enseñanza, ó á lo ménos dos, pudiendo emplear los otros dos en el derecho canónico, y sin que despues de estos estudios no acredite haber tenido por dos años la pasantía en el estudio de algun abogado de Chancillería ó Audiencia, asistiendo frecuentemente á las vistas de los pleitos en los tribunales, lo que certificarán los Regentes de ellos, á quienes avisarán los abogados, de los pasantes que reciban para que les conste y puedan celar y certificar su asistencia, á fin de evitar los fraudes que en esto se cometen continuamente.

5—Esta real resolucion no se halla comunicada á América, por lo cual hasta el dia se reciben de abogados en este reino con solo cuatro años de pasantía despues del grado de bachiller. Y aun tiene facultad el tribunal de la Audiencia de poder dispensar algun tiempo á los examinados, con tal que no llegue á un año, y que para semejante indulgencia haya justos motivos, y originarse de lo contrario crecidos daños y perjuicios, tales que se presuma

(10) Real órd. circular de 14 de setiembre de 1802. Es hoy la ley 2 tít. 22 lib. 5 de la Nov. Rec.

que si llegasen á noticia del Rey, franquearía el mismo indulto. Mas habiéndose erigido en esta ciudad de Guatemala el Ilustre Colegio de Abogados, por real provision de la Audiencia de 2 de junio de 1810, aprobada por la real cédula de 17 de diciembre de 1815, ninguno puede recibirse de abogado sin haber asistido por el tiempo de tres años á las lecciones y ejercicios de la Academia de derecho teórico-practico, á mas de la pasantía en casa de un letrado conocido (11).

6—Uno de los principales ejercicios de esta Academia, que tiene por preciso objeto el que los pasantes adquieran toda aquella instruccion é ilustracion necesaria para optar el empleo de abogado, es la substanciacion de los juicios. En estos se instruyen los académicos formando procesos para los que sirven de materia las papeletas que forma el revisor. Otro de sus ejercicios es la esposicion de las leyes reales y municipales; y el tercero dar una idea elemental de los tribunales del reino. La junta se forma el juéves de cada semana en la casa del presidente, y en el último del mes diserta uno de los académicos sobre la materia que él propio elige (12).

7—Siendo las principales obligaciones de un buen abogado, por lo tocante á la ciencia, el interpretar y aplicar bien las leyes, diremos algo acerca de estos dos puntos. Interpretar el derecho, es no solo saber las leyes literalmente, sino entender el verdadero sentido de sus palabras (13). La interpretacion de una ley, ó pertenece al legislador, y entónces se llama *auténtica*; ó al juez, y entónces se dice *usual*;

(11) P. 3 estat. 2.
(12) P. 3 estat. 2.
(13) L. 13 tít. 1 P. 1.

ó á los jurisconsultos, la que llaman *doctrinal*. Auténtica es cuando la ley está tan oscura, que es necesario consultar al mismo legislador para que esplique el sentido que quiere darle (14). La usual se verifica cuando el juez interpreta las leyes por los asuntos decididos antes. Así sucede muchas veces, que suscitándose duda en algun tribunal, acerca del modo con que se debe entender una ley, se consultan las decisiones antiguas, y de ellas se toma la interpretacion: se llama, pues, usual porque se funda en el uso y práctica anterior. Finalmente, la doctrinal es cuando los doctores ó abogados esplican alguna ley, conforme á las reglas de una justa interpretacion. A esto se reducen todos los comentarios que sobre las leyes han escrito los legistas, los cuales entónces tienen la correspondiente autoridad, cuando los intérpretes han observado las reglas de la buena interpretacion, y valen tanto ó tienen tanta fuerza, cuanta tengan las razones en que se funden.

8—La interpretacion doctrinal puede ser de tres maneras: ó estensiva, ó restrictiva, ó declarativa. Estensiva es cuando la razon de la ley se estiende mas que las palabras, de suerte que por medio de la interpretacion se lleva á un caso que no está espreso en ella: v. gr., prohibe el Príncipe que se estraiga trigo de la provincia, bajo la pena de confiscacion: un mercader no estrae trigo sino harina; se pregunta: ¿habrá obrado contra la ley y merecerá la pena, ó nó? Y se debe afirmar que sí; porque aunque la ley no habla de la harina, la razon de la prohibicion es evitar la escasez, la cual igualmente amenaza sacando la harina, como el trigo. La restrictiva,

(14) L. 3 tít. 1 lib. 2 Rec. de Cast.; ó L. 3 tít. 2 lib. 3 Nov. Rec.

por el contrario, es cuando las palabras se estienden mas que la razon de la ley, de suerte que por la interpretacion se esceptúa un caso que las palabras de la ley parece comprender: v. gr., dicen que en Bolonia habia una ley que condenaba á muerte á cualquiera que hiciese alguna efusion de sangre humana en la plaza pública. Supongamos que un barbero se vió en la necesidad de sangrar en el mismo lugar á un hombre acometido de apoplegía; pregúntase: ¿si habrá faltado á la ley? y se niega, aun siendo tan generales las palabras en que está concebida. Porque la razon de la ley es la seguridad pública, y ésta no se turba con la sangría que se dió por necesidad. Finalmente, la declarativa tiene lugar cuando la razon de la ley se estiende tanto como sus palabras, de suerte que no se necesita mas que esplicarlas (c).

9—Esto es por lo que hace á la interpretacion de las leyes; síguese su aplicacion. Se dice, pues, que es perito para aplicar ó acomodar á la práctica el derecho, el que lo es para responder á las cuestiones

(c) Siendo la interpretacion de las leyes, la mision mas noble del jurisconsulto; para evitar no obstante, que los jueces se arroguen por medio de ella el derecho que compete al legislador, deberán observarse las reglas siguientes: 1ª El respeto escrupuloso á la ley, cuyo literal tenor no puede ser eludido á pretesto de penetrar su espíritu; de lo contrario, se confundiría el poder judicial con el legislativo: 2ª La equidad judicial, que consiste en volver la vista á la ley natural, cuando no existe una positiva, ó en la parte en que ésta es oscura ó insuficiente: 3ª El espíritu del legislador, que se deducirá de las creencias y opiniones de la época de la ley, de las esposiciones ó motivos incluidos en su preámbulo, ó en su parte dispositiva y de las demas leyes contemporáneas: 4ª Ampliacion de todo lo que ha considerado favorable el legislador, y restriccion de todo lo odioso: 5ª Amplia-

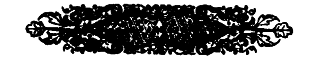
de los que consultan, lo que en algunos lugares es oficio de los jurisconsultos; para pedir en juicio ó defender causas, lo que pertenece á los abogados y procuradores que defienden los pleitos de otros; para contraer y asegurar los instrumentos, el cual es oficio de los abogados y escribanos, quienes cuando se ha de celebrar un contrato, hacer un testamento ú otro negocio civil, deben instruir á los otros de las seguridades que deben pedir y de las ritualidades que deben observar, para no ser engañados, y para que el acto no sea nulo. Finalmente, para juzgar, el cual es oficio de los jueces, que oidas las partes y probados los hechos, es decir, conocida la causa, sentencian segun lo alegado y probado. El que es perito para todos estos casos, es un verdadero jurisconsulto, y, como decia Ciceron, el oráculo de toda la ciudad.

10—La primera division del derecho es en público y privado, la cual no se toma del fin, sino del objeto, siendo toda jurisprudencia pública por razon del fin, por estar destinada á la utilidad pública. Mas, por razon del objeto, como hemos dicho, se divide muy bien en público y privado; porque es muy distinto el derecho que trata de los negocios públicos, v. gr., de los derechos de los príncipes acerca de la guerra y de la paz, de las embajadas y de las alianzas, del que dispone de los negocios privados; v. gr., de los contratos, de los testamentos y de los legados. Para que se entienda esto fácilmente, daremos las de-

cion de la ley de un caso igual á otro igual, cuando la razon es la misma: 6ª Ampliacion de lo mas á lo menos en las leyes perniciosas, y 7ª Ampliacion de lo ménos á lo mas, en las leyes prohibitivas. *Elementos de derecho por* Serna y Montalvan, tít. prelim. § V. secc. 2.

finiciones de ambos derechos. Derecho público, es *el que dispone y arregla el estado, y derechos de las repúblicas*. Es decir, que enseña cuales sean los derechos de los príncipes, cuales los de los súbditos, que relaciones haya entre unos y otros, etc. De suerte que este derecho varía segun las leyes fundamentales de cada república. Derecho privado, por el contrario, es *aquel que pertenece á la utilidad inmediata de cada uno de los privados*, es decir, á lo tuyo y mio, ó al patrimonio privado de cada uno. Segun esto; si yo, v. gr., intento la accion de hurto, para que se me pague el duplo ó cuadruplo, será derecho privado, porque aquí pertenece al patrimonio de un particular. Pero si un procurador del público persigue á un ladron para que se le ahorque, esta persecucion será de derecho público, porque aquí no se trata de tuyo y mio, sino de la seguridad de la república, á la que interesa mucho quitar del medio á los ladrones.

11—Se divide tambien el derecho en natural, de gentes y civil; pero de esta division trataremos en el siguiente título.



TÍTULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DE GENTES Y CIVIL.

SUMARIO.

Aunque la palabra *derecho* se toma de varios modos, en este título, segun dijimos ya, no significa otra cosa, que el conjunto de todas las leyes de un género. De aquí, pues, nace la segunda division. Todo derecho es, ó divino ó humano. *Divino* es el que comprende todas las leyes establecidas por Dios: *humano*, el que nos presenta todas las leyes impuestas por los hombres; porque, si segun hemos dicho, tal es el derecho cuales son las leyes de que se compone, necesariamente se sigue, que de las leyes divinas nazca el derecho divino, y de las humanas el derecho humano.

2—El derecho divino se subdivide en natural y positivo. Dios es un legislador supremo: todo legislador no solo ordena las leyes, sino que tambien las promulga; porque no hay ley que pueda obligar sin promulgacion. Dios, pues, como legislador supremo ha promulgado sus leyes, para que los hombres las puedan saber. Esta promulgacion la ha hecho, ó

por medio de la recta razon, para que si el hombre quiere raciocinar consigo mismo pueda al instante conocer lo justo, ó por medio de la revelacion, que es la Escritura Sagrada, para que leyéndola venga en conocimiento de su voluntad. El derécho que se conoce por la recta razon, se llama *natural*; y *positivo*, el que por solo la revelacion ó Escritura nos es manifiesto: v. gr., la razon sola nos enseña que el homicidio es ilícito: luego es prohibido por el derecho natural. Mas solo valiéndonos de la recta razon, no conocemos que los hombres deben recibir el bautismo; luego es de derecho divino positivo.

3—Veamos ahora como se define el derecho natural. Desde que se ha cultivado el estudio de este derecho tan importante, han advertido los autores que su definicion solo se debe tomar de su autor y de su promulgacion. Mas como el autor de este derecho es Dios, y la promulgacion se hace por medio de la recta razon, se puede definir muy bien, diciendo: que es *un conjunto de leyes promulgadas por el mismo Dios á todo el género humano, por medio de la recta razon.* Casi en los mismos términos se espresa el Apóstol, cuando dice: que la ley natural está escrita en los corazones aun de los mismos gentiles (1). Se dice este derecho escrito en los corazones, porque valiéndose de la recta razon, al punto es conocido de cualquiera, siempre que quiera usar de ella. Por la definicion dada, inferimos ser falsa la opinion de Grocio, y otros que dicen habria derecho natural, aun cuando supongamos el imposi-

(1) Roman. cap. 2 v. 15. Greg. Lop. lo define diciendo que es, *una razon de la naturaleza humana esculpida en la criatura para hacer lo bueno y evitar lo malo.* Ley 2 tít. 1 P. 1 glos. 1.

ble de que no hubiera Dios; porque siendo el derecho un conjunto de leyes, no habiendo ley alguna, no habría derecho. Mas, no habría ley alguna, no habiendo legislador, y faltaría el legislador no habiendo Dios: luego en este supuesto faltaría el derecho natural. Es verdad que un atéo, aun negando que exista Dios, podría vivir conforme á los preceptos del derecho natural; pero entónces no lo haría por obedecer al derecho, sino por su propia utilidad, porque es fácil conocer que de otra suerte no se puede vivir en la sociedad humana. De la misma definicion deducimos tambien, que el derecho natural es *inmutable*, porque así la voluntad de Dios de donde dimana, como la razon por cuyo medio se promulga, son inmutables. Si se mudase, pues, el derecho natural, ó Dios no sería ya Dios, ó se volvería contrario á la razon lo que antes era conforme á ella, y esto es absurdo. Concluyamos, pues, que el derecho natural es inmutable.

4—Hemos definido ya el derecho natural. El de gentes no es otra cosa *que el mismo derecho natural aplicado á la vida social del hombre, y á los negocios de las sociedades, y de las naciones enteras* (d).

(d) Ley 2 tít. 1 Part. 1; la cual lo define diciendo que es, *un derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene á los omes, é non á las otras animalias*. Justiniano lo divide en *primario* que es, el que dicta la recta razon sin necesidad de discurso ni reflexion, como dar culto á Dios y honrar á los padres; y á este se refiere Gregorio Lopez en la glosa 1ª á dicha ley; y en *secundario,* que es el que se deriva de la misma razon natural, por medio de argumentos y reflexiones que han hecho conocer á los hombres su utilidad y necesidad; y á este deben su orígen casi todos los contratos, la division del dominio y otras cosas. La ley 31 tít. 18 Part. 3 y

No son, pues, dos derechos diversos el natural y el de gentes, como han pensado algunos, sino uno mismo, el cual segun la diversidad de la materia, se llama derecho natural, ó de gentes. Si se aplica á los negocios y causas de los privados, se dice derecho natural; y si á los negocios y causas de las sociedades, ó de las naciones, se dice derecho de gentes: v. gr., es regla del derecho natural que los pactos se deben guardar: supongamos, pues, que Ticio prometió á Mevio cien pesos, y que rehusa entregárselos, diremos que viola el derecho natural; pero si finjimos que habiendo hecho alianza los españoles y los franceses, esta nacion no ha cumplido las leyes del pacto á que se obligó, diremos que obra contra el derecho de gentes, no obstante que solo la recta razon es la que manda cumplir los pactos. Es verdad que se encuentran algunos puntos que los autores quieren llamar de derecho de gentes *secundario*; pero todos ellos ó se pueden reducir al derecho natural, y entónces son verdaderamente derecho de gentes, ó nó; y en tal caso serán de derecho civil. Quede, pues, establecido que no hay derecho de gentes diverso del natural (e).

Lopez en la glos. 1,ª dan muchas veces á este derecho *secundario* el nombre de *natural*, por ser derivado de la razon natural, y este es el que allí se entiende nombrado cuando se dice simplemente *derecho de gentes*.

(e) Tambien se divide el derecho de gentes en *necesario* que obliga á todas las naciones, porque contiene todos los preceptos que impone la ley natural á los Estados y algunos le llaman derecho de gentes *interno*, y otros derecho de gentes natural; y en *positivo* que es el que procede de la voluntad de las mismas naciones, el cual se subdivide en *convencional* ó de tratados, que procede de un convenio espreso; en *voluntario*, que

5—Volvamos á la division hecha arriba. El derecho dijimos era ó divino, ó humano; y el divino, ó natural ó positivo. Del natural hemos hablado hasta aquí: síguese ahora el positivo. El derecho divino positivo, es *aquel que ha sido promulgado por las sagradas letras, y que no se conoce por solo la recta razon*. Aunque uno y otro dimanan de Dios, se diferencian en mucho. Lo primero, en que el natural es promulgado por la recta razon, y el divino por las sagradas letras. El natural es absolutamente necesario, y de tal suerte unido con la recta razon, que por ella sola es conocido aun de los gentiles. El divino, depende de la libre voluntad de Dios; de suerte que de muchos puntos de él ignoraríamos la justicia, si la Sagrada Escritura no nos la declarára. V. gr., todos los preceptos que Dios habia impuesto á los Israelitas sobre la circuncision, los sacrificios y sobre la comida de animales impuros, eran de derecho divino; pero no de absoluta necesidad, ni la razon hubiera podido dictar á los judíos que era malo comer carne de puerco, v. gr., si la Sagrada Escritura no lo dijese (f).

procede de un consentimiento presunto, y en *consuetudinario*, de un consentimiento tácito. Los derechos introducidos por los tratados ó por la costumbre, forman aquella especie de derecho de gentes que los autores llaman *arbitrario*, el cual no debe confundirse con el derecho de gentes natural. *Vattel, derecho de gentes, prelim.* § § VII y XXVII.

(f) Este derecho divino positivo se divide en universal y particular: *universal* es el que se ha dado y es comun á todo el género humano, como las leyes del Génesis IX 6; del Levítico XVIII, XX y otras; y *particular* el que solo era propio de la nacion judaica: v. gr., las leyes de la circuncision, de los sacrificios etc.

6—Pasemos al derecho humano, que es aquel que ha dimanado de la voluntad de los hombres. Se divide en canónico y civil. *Canónico,* es el que se ha establecido por los Sumos Pontífices, y por los Concilios para el gobierno de la Iglesia. *Civil*, es el que han constituido por sí, ó por sus gefes cada uno de los pueblos absolutos é independientes para conseguir los fines de la sociedad. Se diferencia del derecho natural y de gentes, en que éste no es propio de solo una nacion ó república, sino que es comun á todo el género humano. Cada nacion manda ó prohibe muchas cosas que en sí no son torpes ni honestas; pero comienzan á ser justas desde que son establecidas, por exigirlo así la utilidad de la república: v. gr., cazar las fieras en el monte, no es injusto y puede esto ser prohibido por el derecho civil de alguna nacion, permitiéndolo otras (g).

7—El derecho civil se divide en *escrito* y *no escrito*. Derecho escrito es, no precisamente aquel que está reducido á letras, sino el que ha sido promulgado; y no escrito, el que no lo ha sido. Segun este

(g) El derecho canónico ó eclesiástico se divide en escrito y no escrito: de éste hay dos especies que son la *tradicion* de la Iglesia, de los Apóstoles y SS. Padres, y la *costumbre;* y otras dos, tambien del escrito, que son la *Sagrada Escritura* y los *Cánones.* La Sagrada Escritura se compone de los libros del Viejo y Nuevo Testamento, cuyo número y autoridad se fijaron en el Concilio de Trento, el cual fué mandado observar por Felipe II en Real Cédula de 12 de julio de 1564, y por la ley 13 tít. 1 lib. 1 de la Nov. Los *Cánones*, no son otra cosa que las resoluciones de los Concilios, los Decretos ó Decretales de los Papas y las sentencias ú opiniones de los SS. Padres, recojidas y adoptadas en el cuerpo del derecho canónico.

modo de espresarse, todo derecho establecido por voluntad espresa del legislador y promulgado, ya sea por medio de escritura, ó por voz de pregonero ó de otro cualquier modo, se llama derecho escrito, ya sea reducido á letras, ó nó. El derecho de los Lacedemonios, por ejemplo, era derecho escrito, aunque nunca se escribieron las leyes de Licurgo. Por el contrario: aquel derecho que se introduce con un consentimiento tácito de las supremas potestades, y sin preceder promulgacion se usa en la república, se llama derecho no escrito, aunque despues se reduzca á escritura.

8—Entre nosotros no hay mas que una especie de derecho escrito que es la ley. Esta es *un precepto general de la potestad suprema intimado á los súbditos, para que arreglen sus acciones á él* (2). No hay, pues, en España como entre los Romanos, diversidad en cuanto al orígen de las leyes, por dimanar todas de la voluntad del Príncipe, sino solo en cuanto al fin y modo de espedirlas, de donde ha provenido que se les dén distintos nombres. Unas veces se llama la ley que se nos promulga, pragmática sancion: otras, real cédula, real resolucion, real decreto, carta circular: otras, finalmente, real órden, y aun tambien auto acordado. A todos estos nombres con que dimanan las disposiciones del Príncipe, se les dá su peculiar descripcion, pero no exacta en todos casos por confundirse unas con otras. Pragmática sancion, es *una real determinacion que se promulga para que tenga fuerza de ley general, y en*

(2) L. 4 tít. 1 Part. 1. *Leyenda en que yace enseñamiento é castigo, é escrito que liga é apremia la vida del ome que non faga mal, é muestra é enseña el bien quel ome debe facer é usar.*

ella se reforma algun esceso, abuso ó daño introducido, ó esperimentado en la república, y se inserta en el cuerpo del derecho: v. gr., la de 12 de marzo de 1771, en la que para evitar la desercion que hacen los presidarios á los moros, se señalan los presidios que se deben destinar, y que el tiempo de la condena no esceda de diez años (3). Real cédula, *es un despacho del Rey, espedido por alguno de los Consejos, en el cual se toma alguna providencia de motu propio, ó se provee algo á peticion de parte.* Su cabeza es: EL REY, sin espresion de mas dictados; se firma con la estampilla de S. M.; el secretario del Consejo á quien pertenece, pone la refrendata; se rubrica por algunos Ministros, y por lo regular se entrega á la parte. Tal es la de 7 de mayo de 1740, en la que se dispone que la Audiencia en despachos ó exhortos para obispos no use de la palabra *estraño*, por ser poco decorosa á su alta dignidad. No se pone ejemplo de las cédulas en que se conceden gracias por ser muy conocidas. Real resolucion, *es la determinacion que el Rey toma en algun caso que se le propone,* como lo es la de 10 de abril de 1756, por la que se declaran las salas en que se deben ver los pleitos de fuerzas y otros. Pero este nombre de real resolucion es genérico, y puede convenir á toda determinacion que el Rey tome. Real decreto, es *una órden del Rey que se estiende en las secretarías del despacho, y las rubrica S. M. para participar sus resoluciones á los tribunales de dentro de la corte, á los gefes de las casas reales ó á algunos Ministros.* V. gr., el de 7 de octubre de 1796, declarando la guerra al reino de Inglater-

(3) L. 13 tít. 24 lib. 8 de la Rec. L. 7 tít. 40 lib. 12 Nov. Rec.

ra, que se dirigió al gobernador del Consejo. Cédula, carta ú órden circular, es *cualquiera disposicion que se espide para que circule en toda una provincia, ó en muchas;* Real órden, *es toda disposicion que comunica alguno de los Ministros del Rey por su mandado.*

9—Autos acordados son las leyes que con acuerdo del Rey establece el supremo Consejo tanto de Castilla como de Indias; de suerte que la fuerza que tienen los autos acordados, la toman de la aprobacion del Rey. Estas son las especies de derecho escrito que conocemos con el nombre general de ley, las cuales, segun hemos dicho ya, no se distinguen unas de otras en cuanto al orígen, sino solo en las circunstancias que hemos individualizado (h).

10—Los estatutos y ordenanzas, ó constituciones que establece un concejo, junta ó colegio para su mejor gobierno, no tienen valor ni obligan, hasta obtener la aprobacion real (4). Los magistrados públicos, los gobernadores de las provincias, y otras justicias, tienen facultad de estender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos

(h) Entre nosotros, toda disposicion del legislador no tiene otros nombres que los de *Ley* ó *Decreto*, sin que entre ambos se note diferencia sustancial, al menos en cuanto á su fuerza, sino es la de que la *ley* tiene mas estension en cuanto á su objeto, que el *decreto*. Se dice ley *á legendo*, porque antiguamente solian escribirse las leyes en unas tablas y se esponian al pueblo para que las leyese: otros, examinando tambien la etimologia de esta voz, creen que se dice ley á *ligando* por cuanto los hombres estan ligados ú obligados á hacer ú omitir alguna cosa prevenida por las leyes.

(4) Ll. 8 y 13 tít. 1 lib. 7 Rec. de Cast. Ll. 2 y 6 tít. 3 lib. 7 Nov. Rec.

que estan á su cargo. Usan de esta facultad, ya para poner en ejecucion alguna providencia del Rey, ya para hacer observar las leyes que no estan en uso, ó ya para correjir algun abuso introducido contra las leyes (5). Y esta mandado que cualquiera ley, ó providencia general, no se deba creer ni usar, no estando intimada, ó publicada por pragmática, cédula, provision, decreto, resolucion, real órden, auto acordado, edicto, pregon ó bando de las justicias ó magistrados públicos. El que sin preceder estos requisitos se arrogase la facultad de poner en ejecucion, ó anunciar de autoridad propia algunas leyes, ó finjirlas de palabra ó por escrito, ó en otra cualquiera forma, debe ser castigado como reo de Estado (6).

11—Por lo que mira á la autoridad de las leyes, y el uso que debe hacerse de los cuerpos del derecho para la decision de los casos ocurrentes, siendo constante que la ley posterior deroga la anterior, parece lo mas fundado que así los jueces, como los abogados, se arreglen en América al órden siguiente.

12—En primer lugar: se debe atender á las reales disposiciones novísimas, aun no insertas en la Recopilacion (7).

13—En segundo lugar: á las leyes de la Recopilacion de Indias, guardándose la mas moderna, segun sus fechas, que tienen á la márgen, si se encontraren opuestas entre sí (8).

(5) Arg. de la L. 3 tít. 1 lib. 2 de la Rec. de Cast. Ll. 3 tít. 2 lib. 3 Nov. Rec. y 116 tít. 15 lib. 2 Rec. de Ind.

(6) Auto acordado de 1º de abril de 1767. L. 12 tít. 2 lib. 3 Nov. Rec.

(7) L. 2 tít. 1 lib. 2 Rec. de Ind. al med. en el v. *ó por cédulas.*

(8) L. 2 tít. 1 lib. 2 Rec. de Indias.

14—Si en éstas no se encuentra determinacion sobre el caso, se debe ocurrir en tercer lugar, á las leyes de la Nueva Recopilacion de Castilla, en que se incluyen los autos acordados del supremo Consejo, guardándose lo mas moderno segun sus fechas, como se dijo arriba (9).

15—En cuarto lugár: se debe atender á las leyes del Fuero Real y Juzgo, sin necesitarse prueba de su uso, como algunos quieren suponer, refiriéndose á la ley 3 tít. 1 lib. 2 de la Recopilacion de Castilla, ó L. 3 tít. 2 lib. 2 Nov. Rec., en lo que ciertamente se equivocan; pues como advierte muy bien Colom (10): «El uso de los fueros que en ella se previene « es y debe entenderse únicamente de los munici- « pales que cada pueblo tuviere para su buen go- « bierno, segun la referencia que en dicha ley se ha- « ce de los lugares en que fueren usados y guarda- « dos.» Esta inteligencia, es la mas conforme á la ley 1 tít. 28 del Ordenamiento formado en las Cortes de Alcalá, cuya letra está copiada al principio de dicha ley 3, en el v. *E mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron.* Y es conforme tambien, al auto acordado 1 tít 1 del lib. 2 de la Recopilacion, ó Nota 2ª tít. 2 lib. 3 en el v. *Y los otros fueros en lo que estuvieren en uso.*

16—En quinto lugar: á los estatutos y fueros municipales de cada ciudad, si no es en aquellas cosas que se deben enmendar por ser contra Dios, ó contra razon, ó contra leyes escritas (11). Mas,

(9) Dicha ley 2 tít. 1 lib. 2 Rec. de Ind.

(10) Colom lib. 1 cap. 2 núm. 19. Véase el Sr. Conde de la Cañada, juicios civiles part. 1 cap. 1.

(11) Dicha L. 3 tít. 1 lib. 2 Rec. de Cast. Dicha L. 3 tít. 2 lib. 3 Nov. Rec.

segun hemos advertido ya, para que los tales estatutos y ordenanzas tengan firmeza y deban seguirse, han de estar confirmados por el Consejo Real (12).

17—En sesto lugar: se debe ocurrir á las leyes de las Siete Partidas por aquellas que no estan derogadas por otras posteriores (13).

18—No encontrándose en alguno de los cuerpos sobredichos, ley espresa para la decision del caso que ocurre, se debe procurar decidir por otra ley semejante, ó que se pueda acomodar por paridad de razon, consultando al espíritu y dando á la ley la mejor y mas obvia inteligencia (14). Así está prevenido se practique en las causas tanto civiles como criminales. De las primeras, dice así el Rey D. Alonso (15), «Non se deben facer las leyes si non sobre las « cosas que suelen acaecer á menudo. E por ende « non ovieron los antiguos cuidado de las facer so- « bre las cosas que vinieron pocas veces, porque tu- « vieron que se podria judgar por otro caso de ley « semejante que se fallase escrito.» Por lo que hace á lo criminal, se ha intimado por el Rey á todos los jueces y tribunales con el mas serio encargo, que á los reos por cuyos delitos segun la espresion literal, ó *equivalencia de razon* de las leyes penales del reino, corresponda la pena capital, se les imponga ésta con toda exactitud y escrupulosidad, sin declinar el estremo de una nímia indulgencia, ni de una remi-

(12) Auto acord. 16 tít. 4 lib. 2 Rec. L. 7 tít. 3 lib. 7 Nov. Rec. L. 14 tít. 6 lib. 3 y 8 tít. 1 lib. 7 Rec. de Cast. Ll. 2 y 3 tít. 3 lib. 7 Nov. Rec.

(13) La misma ley 3.

(14) Ll. 13 tít. 1 y 36 tít. 34 Part. 7.

(15) Dicha ley 36.

sion arbitraria (16).

19—Ultimamente: si evacuadas todas las precisas diligencias no se puede resolver el caso, se debe ocurrir al sumo Imperante para que forme una ley nueva que lo decida (17).

20—Esto es cuanto hay que decir del derecho escrito. El no escrito hemos dicho, que es aquel que por el uso se introduce sin promulgacion y recibe su autoridad del consentimiento tácito de la suprema potestad (18). Para inteligencia de esta definicion se dede observar que la única causa del derecho en la república, es la voluntad del sumo Imperante, ya sea este el Príncipe, ó el Senado de los grandes, ó el pueblo. Si el sumo Imperante manda algo espresamente estableciéndolo por ley, se llama *derecho escrito*. Si concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república que se ha comenzado á usar, se llama *derecho no escrito* (i).

21—De lo dicho venimos en conocimiento de cuatro doctrinas acerca de la costumbre. 1.ª Que la costumbre se debe probar y no la ley, porque esta mediante la promulgacion vino á noticia de todos, y

(16) L. 13 cap. 6 tít. 24 lib. 8 Rec. de Cast. L. 7 tít. 40 lib. 12 Nov. Rec.

(17) L. 7 tít. 1 lib. 2 Rec. de Cast. L. 7 tít. 2 lib. 3 Nov. Rec. y L. 1 tít. 1 lib. 2 de Ind.

(18) Ll. 1 y 4 tít. 2 Part. 1.

(i) Bajo el nombre de *derecho no escrito* se conocen tres especies que son el *uso,* la *costumbre* y el *fuero.* Uso es, el estilo, práctica general ó modo de obrar que se ha introducido imperceptiblemente y ha adquirido fuerza de ley. En este sentido se confunde con la costumbre, pero no obstante hay bastante diferencia, *quia usus sonat factum*, *consuetudo jus.* Fuero es, segun la ley 7 tít. 2 Part. 1,ª el uso y la costumbre juntamente.

aquella tácitamente se introdujo; y como esta introduccion es de hecho, se debe probar. Los medios para verificarlo son el tiempo de diez años por lo ménos, y la continuacion de actos uniformes (19). 2.ª Que la costumbre tiene la misma fuerza que la ley; porque su autoridad la toma del mismo legislador, y es indiferente el que quiera que una cosa se haga, espresa ó tácitamente (20). 3.ª Que la costumbre abroga la ley anterior, por ser lo mismo que otra ley; y es constante que la ley posterior abroga á la anterior (21). 4.ª Que la costumbre opuesta á la recta razon, ó á las leyes divinas, es de ningun momento; porque en esto no puede consentir tácita ni espresamente la suprema potestad (22).

22—Por lo que hace á las costumbres que observaban los índios ántes de la conquista, se mandó por el Emperador Cárlos V, que los gobernadores y justicias, se informasen de los usos y costumbres que tuviesen; y siendo razonables y en nada opuestas á nuestra sagrada religion, se los conservasen (23).

23—Los objetos del derecho son tres: las personas, las cosas, y las acciones. Primeramente se debe saber como se diferencian las personas por razon de sus derechos: v. gr., los señores y los siervos, los padres y los hijos, los tutores y los pupilos. Despues cuales son los derechos de las cosas; y últimamente con qué acciones puede cada uno perseguir su derecho.

(19) Ll. 5 y 6 tít. 2 Part. 1. Véase la glosa 4ª de dicha ley 5ª por Greg. Lopez, y la L. 21 tít. 2 lib. 2 Rec. de Ind.

(20) Las mismas leyes y la 238 del Estilo.

(21) Dichas leyes.

(22) Véase el tít. 2 de la Part. 1.

(23) L. 4 tít. 1 lib. 2 y 22 tít. 2 lib. 5 Rec. de Ind.

TÍTULO III.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

SUMARIO.

1 Qué diferencia hay entre hombre y persona?
2 Qué cosa es estado de los hombres.
3 El estado es natural ó civil: esplicacion de estos estados.
4 Continuacion de la misma materia.
5 Los hombres son ó libres ó siervos, ingénuos ó libertinos.
6 Qué es libertad y qué servidumbre.
7 8 Cómo se hace uno siervo?
9 Está abolido el derecho de hacer esclavos.
10 En América tambien está abolido tal derecho.
11 12 13 Otras especies de servidumbre igualmente abolidas.
14 15 16 Continuacion de la misma materia.
17 Qué es estado de ciudad?
18 Qué se necesita para que los estrangeros se tengan por naturalizados?
19 Otros modos de adquirir naturaleza.
20 Qué ventajas gozán los naturalizados.
21 Division de los hombres en nobles y plebeyos.
22 Tambien se dividen en eclesiásticos y legos.
23 Del estado de familia.

ESTAS palabras *hombre* y *persona*, gramaticalmente son sinónimos; pero jurídicamente se diferencian mucho. La palabra hombre, es de mayor estension que la palabra persona; porque toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona. Hombre es, todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano; y persona es el hombre considerado con algun estado. En este supuesto: el que no tiene estado alguno, no es persona. En esta materia parece que los jurisconsultos han querido seguir á los cómicos. Porque así como para éstos, no todo hombre que sirve ó contribuye á la comedia es persona, sino solamente aquel que representa á otro hombre, v. gr., á un rey, á un viejo, á un lacayo etc.; así para los jurisconsultos aquel solamente es persona, que hace en la república el papel ó de padre de familias, ó de ciudadano, ó de hombre libre; es decir, el

que tiene algun *estado.*

2—Por estado entendemos una calidad ó circunstancia por razon de la cual los hombres usan de distinto derecho (1); porque de un derecho usa el hombre libre, de otro el siervo, de uno el ciudadano y de otro el peregrino; de ahí nace que la libertad y la ciudad se llaman *estados*. Tambien se llama el estado en derecho con el nombre de *cabeza*; y por esta razon se dice que el siervo no la tiene, y que se le ha disminuido ó quitado al que perdió el estado de libertad, de ciudad, ó de familia.

3—El estado es de dos maneras: natural ó civil. Estado *natural*, es aquel que dimana de la misma naturaleza: v. gr., que unos sean nacidos otros por nacer, unos varones otros hembras; unos mayores de veinte y cinco años, y otros menores (j). *Civil*, es el

(1) Princ. y ley 1 tít. 23 Part. 4. *Condicion ó manera en que los omes viven ó estan.*

(j) Respecto de los no nacidos, dispone la ley 3 tít. 23 Part. 4, que cuando se trata de su bien y utilidad se les tenga por nacidos, con tal que despues nazcan vivos, pues si nacieren muertos se tienen por no nacidos, segun la ley 8 tít. 33 Part. 7. Ademas, se requiere que vivan veinte y cuatro horas, que sean bautizados, aunque sea con la agua que llaman de socorro, y que nazcan en tiempo lejítimo. Leyes 2 tít. 5 lib. 10 Nov. Rec. y 4 tít. 23 Part. 4. En cuanto á la diferencia de varones y hembras, el derecho, en atencion á que aquellos exceden á éstas en prudencia y firmeza, ha establecido el axioma que dice: *Los varones por razon de la dignidad, y las mugeres en cuanto aquellas cosas en que escusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicion.* De que se sigue, que solo los hombres pueden obtener los empleos y cargos públicos; y que la muger halle á veces una escusa en la debilidad del sexo. Los hermafroditas, que son los que participan de ambos sexos, gozan de los de-

que trae su orígen del derecho civil, v. gr., la diferencia entre hombres libres y siervos; entre ciudadanos y peregrinos; entre padres é hijos de familia. Es, pues, de tres maneras el estado civil. De libertad, segun el cual, unos son libres y otros siervos: de ciudad segun el cual unos son ciudadanos y otros peregrinos; y finalmente de familia, segun el cual unos son padres y otros hijos de familia (2). Con lo dicho se entiende fácilmente este axioma: cualquiera que no goza de ninguno deestos tres estados, no es persona, aunque sea hombre. Tenemos un ejemplo claro en el siervo. Este es hombre porque tiene alma racional unida á un cuerpo humano, y así atendido el estado natural, le llamaremos persona; pero no lo es en cuanto al estado civil, porque no es *libre*, ni *ciudadano*, ni *padre de familia*. De ahí es, que por derecho no tiene cabeza, y puede ser vendido, legado y donado como cualquiera de las otras cosas que estan en nuestro patrimonio.

4—Esplicada ya la division de los estados, pasaremos á tratar de cada uno de ellos separadamente.

§ I.

Del estado de libertad.

5—Las personas, tomadas no civil sino naturalmente, ó son hombres libres ó siervos (3). Libres son to-

rechos que son propios de aquel sexo que mas predomina en ellos; y si ambos prevalecieren igualmente, del que el hermafrodita eligiere. Ley 10 tít. 1 Part. 6. Y finalmente, la principal diferencia que hay entre los que son mayores y los que son menores de edad, es que éstos gozan del beneficio de la restitucion *in integrum*, de que se tratará mas adelante.

(2) L. 1 tít. 23 Part. 4.

(3) Dicha ley 1 tít. 23 Part. 4.

dos aquellos que no estan en servidumbre justa; porque si alguno sirve injustamente, v. gr., robado por un plagiario, éste en realidad está en servidumbre; pero no es siervo, sino hombre libre. Siervos son los que sirven á otro con justa causa, como las que referiremos despues. Los hombres libres ó son ingénuos ó libertinos: *ingénuos* son los que nunca han estado en servidumbre, por haber sido libres desde el instante de su nacimiento. *Libertinos* son los que han sido manumitidos de una servidumbre justa. Unos y otros son libres; pero los ingénuos tienen la ventaja de carecer de la nota de la esclavitud pasada, que sirve de desdoro á los libertinos.

6—Siendo libres los hombres por la libertad de que gozan, ó siervos por la servidumbre á que estan sujetos, veamos qué es libertad y qué servidumbre. Libertad en derecho, es *una facultad natural que tiene el hombre para hacer lo que quiera, si no es que se lo impida alguna violencia ó se lo prohiba el derecho* (k). Esplicaremos esta definicion por partes. Se dice que la libertad es una *facultad natural*, porque por la naturaleza todos los hombres son libres, y así la diferencia que ahora se advierte entre libres y siervos, fué introducida por las leyes civiles: se dice que es una facultad *para hacer el hombre lo que quiera*, porque la libertad consiste en que no estemos obligados á hacer ú omitir nuestras acciones á arbitrio de otro, sino que conforme al nuestro podamos obrar ó no obrar, ó verificarlo de este, ó del otro modo. Finalmente se añade: *si no es que*

(k) La ley 1ª tít. 22 Part. 3 define la libertad diciendo que es: *Poderio que ha todo ome naturalmente de facer lo que quiere, solo que fuerza ó derecho de ley ó de fuero non gelo embargue.*

intervenga violencia, ó prohibicion del derecho; porque el que padece violencia, queda privado de libertad para aquel caso; y todos los que viven en sociedad civil, renuncian una parte de su libertad, obligándose á omitir todo lo que prohiben las leyes. La servidumbre, por el contrario: es *un establecimiento del derecho de gentes, por el cual el hombre se sujeta al dominio de otro contra la libertad natural* (1). Se coloca la servidumbre entre las disposiciones del derecho de gentes, porque, como hemos dicho ya, por derecho natural todos los hombres son libres, pero la necesidad obligó en las sociedades, que son gobernadas por el derecho de gentes, á reducir á muchos á la servidumbre, porque usaban de su libertad en perjuicio de la misma sociedad. Decimos en la definicion que el hombre en fuerza de ella se sujeta al dominio de otro, en atencion á que la esencia de la servidumbre consiste en que el hombre esté en dominio como cosa, y que por consiguiente pueda ser vendido, legado, donado etc. Todo esto se verifica contra aquella natural libertad en que el hombre fué criado; mas no contra el derecho natural, que se llama preceptivo, por no haber precepto alguno que mande que todos los hombres se conserven libres. A mas de esto se infiere claramente, que la servidumbre no repugna á la razon y derecho natural, supuesto se halla aprobada en la Sagrada Escritura (4), que no puede autorizar sino lo que no se opone, ó es conforme á los principios de equidad que

(1) *Postura é establecimiento que ficieron antiguamente las gentes, por la cual los omes que eran naturalmente libres se facen siervos, é se meten á señorio de otro contra razon de natura*: ley 1 tít. 21 Part. 4.

(4) 1 á los Cor. cap. 7 v. 21 y sig. A los Efes. cap. 6.

Dios ha grabado en nuestros corazones. Se puede tambien decir que la servidumbre es contra la naturaleza, en razon de que las personas se vuelven cosas; pues segun hemos dicho, el siervo, de la clase de las personas, desciende á la de las demas cosas que estan en nuestro patrimonio (m).

7—Hemos visto ya qué es libertad y servidumbre. Mas si se pregunta como se hace siervo alguno; responderemos, que los siervos segun nuestro derecho, ó nacen, ó se traen venales de la Africa y de otras naciones bárbaras. Entre las cultas, que tienen sentimientos de humanidad, está abolido del todo el derecho de servidumbre, como veremos despues. Nacen los siervos de nuestras esclavas: y así, si una sierva ó esclava, pare un hijo ó hija de cualquiera que sea, queda reducido á la condicion servil. La razon es clara. Hemos dicho que los siervos son cosas: se sigue, pues, que sus fetos ó producciones deben ser de la misma condicion; porque así como el feto de una vaca está en dominio por derecho de accesion, de la misma manera el feto de la esclava que sirve, debe tambien servir. Estos siervos nacidos de nues-

(m) La especie de servidumbre conocida con el nombre de *gañanería,* á que eran condenados los índios en las fincas rústicas, era muy semejante á la que sufrian entre los romanos los que se llamaban colonos ó siervos *adscripticios*. Se contraia por haber nacido en las mismas haciendas de laborio y se les llamaba *gañanes* ó *navarios* y en la otra América *janaconas,* y estos estaban obligados á servir constantemente en aquella hacienda pasando con el fundo cuando el dueño lo vendia, si no disponia de ellos de otro modo; á diferencia de los que se llamaban *tlaquehuales*, que eran propiamente siervos *conducticios*. Véase el *Sala reformado*, edicion mejicana de 1831, tom. 1º lib. 1º tít. 2 núm. 8.

tos esclavas se llaman *Vernas*. De este mismo derecho usaron los antiguos desde el tiempo de Abraham, como se colige del cap. 14 del Génesis, en donde se dice: que para una espedicion que tuvo que hacer, armó trescientos diez y ocho de sus vernas, y partió con ellos en busca de los enemigos. Mas como puede acontecer muchas veces que el verna nazca de un siervo de Ticio, y de una esclava de Cayo, se podria dudar de quien de los dos seria la propiedad; pero la regla general establecida en derecho decide, que el parto sigue al vientre (5). Y así como el ternero que fuese procreado del toro de Ticio, y de la vaca de Cayo seria de éste, así tambien el verna que procreasen el siervo de Ticio, y la esclava de Cayo, debe pertenecer al dueño de la esclava, por ser una accesion de su cosa.

8—De este modo nacen los siervos. Se hacian antiguamente, aunque hubiesen nacido libres, ó por derecho de gentes, ó por derecho civil. Por derecho de gentes, por la cautividad; siendo constante que todos aquellos que eran tomados por los enemigos en campo de batalla, ó fuera de él en tiempo de guerra, lo fuesen (6). Para este establecimiento raciocinaban así los antiguos: podemos matar á los enemigos: luego podemos reducirlos á servidumbre, y aun será un gran beneficio conservar la vida á aquellos á quienes justamente podiamos quitarla [*]. De

(5) L. 2 tít. 21 Part. 4.
(6) L. 1 tít. 29 Part. 2.

[*] Que este razonamiento tiene apoyo en el derecho de gentes, se vé claramente demostrado en Heineccio lib. 2 de Iur. Gent. cap. 4 § 80 en donde dice: Siendo lícito todo á un enemigo contra otro, era lícito tambien matar á los vencidos en la batalla. Mas como á aquel que puede evadir el peligro sin quitar la vida al agre-

aquí, pues, trajo su orígen el nombre de siervos, que dieron los romanos á los cautivos tomados en la guerra, porque se reservaban de la muerte para la esclavitud (7). Pero esta costumbre cruel, ya se ha olvidado entre las naciones; y solo subsiste en aquellas, cuya bárbara índole no las deja conocer los suaves derechos de la humanidad. Tales son los turcos y africanos, que por muchos siglos infestaron nuestras costas solo con el fin de hacer cautivos. Para vengar de alguna manera estos agravios, concedieron nuestras leyes el uso de las represalias, mandando que fuesen esclavos los que cayesen en nuestro poder (8).

9—Mas ahora; habiéndose celebrado diversos tratados de paz y comercio, por el Sr. D. Cárlos III con el Emperador de Marruecos, y con el Gran Sultan Mustafá IV, y sus dependientes los Reyes de Barca, Túnez y Argel, ha quedado abolido el derecho de hacer esclavos que tenian los turcos y demas Regencias berberiscas, y por consiguiente el uso de retorsion (9). En virtud de estos tratados, asi las naciones bárbaras, como todas las cultas de Europa y fuera de ella, no observan tratar á los enemigos to-

sor, representándole solamente un mal menor, no debe darle la muerte, se infiere: que no es injusto que el vencedor conserve á los vencidos para reducirlos á cautividad con el fin de que no vuelvan á dañarle, y para no alimentarlos sin sacar utilidad. Tampoco merecen reprension los que con esta condicion han elegido conservar la vida ántes que perderla.

(7) L. 1 tít. 21 Part. 4.

(8) Ll. 1 tít. 29 Part. 2 y 1 tít. 27 Part. 4.

(9) Reales cédulas de 28 de noviembre de 1784, de 29 de setiembre de 1786, y de 29 de agosto de 1791, en qeu se hallan insertos los tratados.

mados en la guerra como cautivos, sino como prisioneros ó detenidos en depósito hasta su conclusion (10). Despues de ésta, se suelen dar en cange, ó trueque, por otros de igual calidad, ó por algun equivalente, en especial siendo oficiales de graduacion.

10—En América tampoco se pueden hacer cautivos ni usar de retorsion con los indios, ni en guerra justa hecha por los españoles ó por ellos mismos, ni por cualquiera otro título, por justo que parezca; y aunque algunas veces se permitió fuesen hechos cautivos algunos indios sediciosos y rebeldes para facilitar su reduccion (11), se abolieron despues estas disposiciones, mandando que con ningun pretesto ó motivo, puedan quedar por esclavos ni venderse por tales los que se aprehendieren en guerra ó fuera de ella (12).

11—Por derecho civil se hallan varios modos de hacerse los hombres libres, siervos en pena de sus delitos. Las leyes de Partida establecen algunos, que aunque en el dia no están en uso, conviene no ignorarlos. El primero es del mayor de 20 años, que se vende con el fin de participar del precio y defraudar al comprador. En este caso establece la ley que quede siervo, verificándose cinco condiciones. La 1.ª Que él mismo consienta de su voluntad ser vendido. 2.ª Que participe del precio. 3.ª Que sepa que es libre. 4.ª Que el que lo compra crea que es siervo. Y 5.ª que el que se hace vender sea mayor de 20 años. (13). El segundo modo

(10) Véanse los tratados ajustados con Francia y con los Estados-Unidos de América, en las cédulas de 4 de setiembre y de 18 de noviembre de 1796.

(11) L. 13 tít. 2 lib. 6 Rec. de Ind.

(12) L. 16 tít. 2 lib. 6 Rec. de Ind.

(13) L. 1. tít. 21. Part. 4.

tiene lugar en el liberto que es ingrato para con el señor de quien recibió la libertad, por cuyo motivo puede ser reducido á su antigua servidumbre (14). Esta ingratitud puede ser de dos maneras: una que llaman simple y se verifica no correspondiendo con beneficios á aquel de quien se recibieron, y otra grave, retornando con injurias y daño grave al bienhechor. Los libertos pueden ser vueltos á la servidumbre, no por una ingratitud simple, sino por la grave, que tambien se llama *preñada* (15).

12—Así mismo las mugeres libres que contraen matrimonio con los clérigos de órden sacro, deben ser hechas esclavas de aquella Iglesia de que es dependiente el clérigo, con los hijos que hubieren tenido (16). Finalmente, tienen la pena de ser reducidos á servidumbre, los que dan ayuda ó consejo á los moros que son enemigos de la fé católica, vendiéndoles armas, naves ó víveres (17).

13—Pero todos estos modos inventados por el derecho civil, ó nunca han estado en uso, ó han quedado abolidos por costumbre contraria [*]. De suerte que no subsiste modo alguno de reducir á los

(14) Ll. 9. tít. 22. Part. 4. y 18. tít. 1. P. 6.
(15) Dichas leyes.
(16) Ll. 11. tít. 6. P. 1. y 3. tít. 21. P. 4.
(17) Ll. 28. tít. 9. P. 1: 31. tít. 26. Part. 2; y 4. tít. 21. P. 4.

[*] Así lo afirman los adicionadores de Vinnio hablando de estos modos de hacer siervos. *Licet omnes feré hi constituendæ servitutis modi in Partitarum legibus descripti sint, abborrent tamen á moribus nostris. In debitores obæratos, leges 4. et seq. tít. 5. lib. 6. Recop. Cast. creditoribus tribuunt potestatem dominicæ non absimilem; sed nostri sæculi humanitas hisce legibus non utitur.* § 4. *n.* 2. *tit.* 3. *Inst. de jure personarum.*

hombres á servidumbre; y así los esclavos que se hallan tanto en España como en América, no son habidos por título de reduccion á esclavitud conforme á nuestro derecho, sino solamente por compra y venta, ó por el parto de las esclavas (18).

14—Todos los que ven la servidumbre con ojos ilustrados por la recta razon, la reputan por una cosa dura y muy poco conforme á la humanidad. En fuerza de estos sentimientos se fué disminuyendo, y aun se hubiera esterminado del todo el uso de reducir á los hombres al dominio absoluto de sus semejantes, si no lo hubieran restablecido primeramente los portugueses, y despues otras naciones, á fines del siglo XV. Al descubrir las costas de Africa, dieron con una multitud de reinos bárbaros, como Guinea, Nigrica, Etiopia, Congo, y otras vastas provincias habitadas de gentes toscas y salvages, dominadas por reyes déspotas. En este mismo tiempo descubrieron la isla de Santo Tomas, de San Mateo de Lovando, y otras que hacian frente á aquellas costas. Valiéndose de esta oportunidad entablaron comercio con ellas, dando paños, hierro, cascabeles, aretes y otras bugerías, por oro, plata, y principalmente por esclavos que les proporcionaron los mismos naturales, como género muy abundante entre ellos. La principal causa de haber tantos hombres destinados á ser vendidos en estos paises bárbaros, es el derecho de guerra. Estas son frecuentes entre los reyes de aquellos dominios, en que acostumbran los vencedores vender por esclavos á los vencidos. A esto se añade, que la mayor parte de los delitos, se castiga con la esclavitud como una pena lucrosa para el

(18) Arg. de la ley 6. tít. 5. lib. 7. de la Recop. de Ind.

fisco, no habiendo cárceles ni prisiones, sino para custodiarlos miéntras se efectúa la venta. Los ingleses, dinamarqueses y holandeses, han continuado en este comercio como el mas ventajoso entre los que ejercitan. Comprados en las costas de Africa, pasan á venderlos á los reinos de la Europa, y con mucha frecuencia á nuestra América (19).

15—Estos negros esclavos, están constituidos entre nosotros en justa servidumbre, en virtud del contrato de compra y venta, y de la buena fé con que son recibidos. Ni se puede objetar que no sea legítima en el principio su adquisicion, y por consiguiente viciosa la compra y venta; pues no sin fundamento se cree ser la mayor parte de ellos, siervos por derecho de gentes, ó por otros modos aprobados por sus respectivos soberanos; por lo que, segun el Sr. Solórzano, se puede continuar en su posesion sin escrúpulo [*].

(19) Así se infiere de las leyes 2. tit. 17. todo el tít. 18. lib. 8. y ley 45. tít. 2. y 133. cap. 24. tít. 15. lib. 9. de la Rec. de Ind.

[*] El Sr. Solórzano, probando la libertad de los indios, y que por ningun título pueden ser hechos esclavos, dice así: «A lo dicho no contradice la práctica que vemos tan asentada, é introducida de los esclavos negros que traen de Guinea, Cabo-verde y otras provincias y rios, y pasan por tales sin escrúpulo en España y en las Indias. Porque en esto vamos de buena fé de que ellos se venden por su voluntad, ó tienen justas guerras entre sí, en que se cautivan unos á otros; y estos cautivos se venden despues á los portugueses, que nos los traen, que ellos llaman *pombeiros*, ó tangomanes, como lo dicen Navarro, Molina, Rebelo, Mercado y otros autores; concluyendo finalmente, que todavía tienen por harto peligrosa, cenagosa y escrupulosa esta contratacion,

16—Hemos visto ya cuanto pertenece al estado de libertad: síguese ahora tratar del de ciudad, que es una subdivision de los hombres libres (n).

§. II.
Del estado de ciudad.

17—El estado de ciudad es aquel por el cual los hombres son ó ciudadanos naturales, ó peregrinos y estrangeros. Por *naturaleza* entendemos una inclinacion que reconocen entre sí los hombres que nacen ó viven en una misma tierra y bajo un mismo gobierno (20). Esto proviene de que la naturaleza ha infundido amor y voluntad, y ha enlazado con un estrecho vínculo de cierta inclinacion á aquellos que nacen en una misma tierra ó pais, á semejanza de los que proceden de una familia, que se aman con especialidad y procuran su bien con preferencia á los estraños. Así, pues, aquellos que se miran con los respetos de traer su orí-

« por los fraudes que en ella de ordinario se suelen « cometer y cometen; pero que estas no les toca á los « particulares averiguarlas.» Solórzano, Polit. Ind. lib. 2. cap. 1. núm. 26.

(n) La Asamblea Nacional Constituyente de la República, por Decretos de 17 y 23 de abril de 1824 declaró: *que todo hombre es libre en la República*, y *que no puede ser esclavo el que llegare á tocar en su territorio;* privando de los derechos de ciudadania al que se atreviere á traficar con ellos. La ley de garantías de 5 de diciembre de 1839, en el art. 6 Secc. 2. declara igualmente abolida la esclavitud, y la Acta Constitutiva, en su art. 3, reproduce esta declaracion, mandando continúe rigiendo como ley fundamental.

(20) L. 1. tít. 24. P. 4. *Naturaleza tanto quiere decir, como debdo que han los omes unos con otros por alguna derecha razon en se amar é en se querer bien.*

gen de una misma nacion, se llaman *naturales*, y fuera de estos, los demas son *estrangeros*. Esta consideracion tiene tanta fuerza, que hace imitar perfectamente á la naturaleza; pues así como ésta admite en el gremio de parientes á los estraños que se hacen adoptivos, así tambien aquella abriga en su seno á los estrangeros que legítimamente se domicilian. En nuestra España, todos los domiciliados se comprenden bajo la denominacion de españoles; pero sin olvidar que unos son *naturales*, y otros *naturalizados*. Naturales, son aquellos que fueren nacidos en estos reinos de padres que ámbos á dos, ó á lo ménos el padre sea nacido en España, ó aun cuando no, se haya naturalizado en alguno de los lugares de su dominacion, de cualquiera de las maneras que se dirá despues. Es tambien natural de España, el hijo nacido en otros reinos estando sus padres en servicio del Rey, ó de pasageros, sin contraer domicilio. Lo es, asimismo, el hijo natural de padre español habido en otro pais con estrangera, ó natural concubina, y cualquiera otro ilegítimo habido por un estrangero con alguna natural de estos reinos, dentro ó fuera de España (21).

18—Para que los estrangeros que han contraido domicillio se tengan por naturalizados en España, es suficiente que moren diez años con casa poblada siendo solteros; pero siendo casados con natural, les basta seis, aunque no sean oficiales ni laborantes (22). Mas para serlo en América, para el efec-

(21) L. 7. tít. 29. P. 2. y 19. tít. 3. lib. 1. Rec. de Cast. L. 7. tít. 14. lib. 1. Nov. Rec. Ll. 15. y 27. tít. 27. lib. 9. Rec. de Ind.

(22) L. 66. cap. 5. al fin tít. 4. lib. 2. Rec. de Cast. L. 1. tit. 11. lib. 6. Nov. Rec.

to solamente de tratar y contratar, es menester que haya vivido en los reinos de la Península, ó en las Indias por tiempo de 20 años contínuos, y los diez de ellos teniendo casa y bienes raices, y estando casado con natural ó hija de estrangero nacida en España ó en las Indias. Para usar de esta gracia, debe préviamente declararse por el Consejo Real, que han cumplido con los requisitos que se han dicho, precediendo informacion, con citacion del fiscal ante las Audiencias, ó jueces superiores del partido. Concedida la carta de naturaleza, para que el estrangero pueda libremente tratar y contratar, dentro de treinta dias habrá de hacer inventario de sus bienes, y presentarlo ante la justicia, para hacer constar que tiene bienes raices en valor de cuatro mil ducados constantes por instrumentos públicos. De otra suerte no se admiten los estrangeros en estas provincias (23).

19—A mas de estos modos esplicados de adquirir naturaleza, hay otros que espresa un auto acordado (24), que individualizando quienes deben considerarse vecinos, dice que lo son: 1.º Cualquier estrangero que tiene privilejio de naturaleza: 2.º El que nace en estos reinos: 3.º El que en ellos se convierte á nuestra santa fé católica: 4.º El que viviendo sobre sí establece su domicilio: 5.º El que pide y obtiene vecindad en algun pueblo: 6.º El que se casa con muger natural y habita domiciliado en ellos, y la muger si no es natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio del marido. 7.º El que se arraiga comprando bienes rai-

(23) Ll. 31. 32. y 33. tít. 27. lib. 9. Rec. de Ind.
(24) Aut. acord. 22. tít. 4. lib. 6. Rec. L. 3. tít. 11. lib. 6. Nov. Rec.

ces y posesiones: 8.º El que siendo oficial viene á morar, y ejercer algun oficio mecánico: 9.º O tiene tienda en que vender por menor: 10. El que obtiene oficios de concejos públicos honoríficos, ó cargos de cualquiera género, que solo los pueden tener los naturales: 11. El que goza de los pastos y comodidades que son propias de los vecinos: 12. El que mora diez años con casa poblada en estos reinos: Y 13, el que contribuye como los demas vasallos de S. M. (o)

20—Los estrangeros, despues de haber sido domi-

(o) *Naturalizacion* no es otra cosa, que el derecho que concede el Soberano á los estrangeros para que gocen de los privilegios que disfrutan los naturales del pais, y *naturalizados* los que obtienen este derecho, que se hace constar por medio de un instrumento que se llama *carta de naturaleza*. Las cartas de naturaleza se conceden á los estrangeros: 1.º Por servicios relevantes hechos á la Nacion y designados por la ley: 2.º Por el ejercicio de alguna ciencia, arte ú oficio, no establecidos aun en el pais: 3.º Por vecindario de 5 años: 4.º Por el de 3 á los que vinieren á radicarse con sus familias, y á los que adquirieren bienes raices del valor y clase que determine la ley. En todos estos casos es necesario que los estrangeros tengan designio de radicarse en el pais; y que así lo hayan hecho constar ante el Magistrado á quien corresponda.—Son *naturalizados* los españoles europeos y cualesquiera estrangeros, que hallandose avecindados en algun punto del territorio de la Union, al proclamar su independencia, la hubieren jurado.—Todo americano nacido en los paises libres de la América, ántes española, que viniere á radicarse á los Estados de la federacion, se considerará como naturalizado en ella, desde el momento que manifestare su resolucion ante el Magistrado. Artículos 3, 4 y 5 del Decreto citado de 23 de abril de 1824.

ciliados en España, y adquirido la naturalidad de alguno de los modos referidos, gozan de todas las comodidades y exenciones de los naturales [*], y se hacen capaces de los empleos y puestos públicos, como no sean cargos ni oficios que tengan anexa administracion de justicia, como corregidores, gobernadores, alcaldes mayores ni otros de gobierno (25). Tampoco pueden obtener prelacías, canongías, ni otros beneficios eclesiasticos, ni pensiones sobre ellos, por deber conferirse éstos precisamente á los naturales (26). Así mismo en la América ninguno puede ser presentado para beneficio ú oficio eclesiástico, no siendo natural de España ó de la misma América, si no es que obtenga del Rey carta de naturaleza para este efecto (27) (p).

[*] Y aun de algunas franquicias mas: como son ser libres para siempre de la moneda forera, y por tiempo de seis años de las alcabalas, y servicio ordinario y estraordinario, y asimismo de las cargas concejiles en el lugar donde vivieren. Pero como estas gracias tienen el objeto de aumentar la industria nacional y perfeccionar las artes, solo se conceden á los estrangeros útiles que quieran venir á España á ejercer sus oficios y labores. Real cédula de 20 de julio de 1791.

(25) L. 66. cap. 5. tít. 4. lib. 2. Rec. de Cast. L. 1. tít. 11. lib. 6. Nov. Rec.

(26) Ll. 14. 15. 17. 18. 19. y 25. tít. 3. lib. 1. Rec. de Cast. Ll. 1. 2. 7. y nota del tít. 14. lib. 1, 1. tít. 13. y 1. tít. 23. Lib. 1. Nov. Rec.

(27) L. 31. tít. 6. lib. 1. Rec. de Ind.

(p) Tambien se dividen los hombres en vecinos y transeuntes, ciudadanos y no ciudadanos: *vecino* es, el que tiene establecido en algun lugar su demicilio con ánimo de permanecer en él, cuyo ánimo, segun las leyes 2 tít. 24 Part. 4 y 6 tít. 4 lib. 7 Nov. Rec.

21—Otra division de los hombres libres, y que gozan de los derechos de ciudadanos, es en *nobles* y *plebeyos* (28). La nobleza, que es la que constituye á los nobles, consiste en un conjunto de privilegios de distincion y de honor, concedidos á algunas personas en atencion al mérito que han contraido en la sociedad, ó ellas mismas ó sus ascendientes (29). Se divide en nobleza por linage, por saber y por bondad de acciones (30). En la nobleza por linage se incluye la solariega que tienen los poseedores de territorio ó solar con casa en él, y la titulada que es la de los duques, condes, marqueses é infanzones (31). En la que se concede por saber, los doctores y maestros de las Universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares (32); á que se añaden los de la Universi-

se reputa probado por el transcurso de diez años; y segun Gregorio Lopêz, glos. 12 de la ley 32 tít 2 Part. 3. v. *La Setena*, se prueba tambien por hechos que lo manifiesten, poniendo el ejemplô del que vende las posesiones que tenia en un lugar y compra otras en el otro al que traslada su habitacion. *Transeunte* es, el que vive ó se halla de paso en algun lugar, sin ser vecino de él. *Ciudadano* se dice aquel que disfruta los derechos políticos; y *no ciudadano* el que no los disfruta, ó porque nunca los ha tenido ó porque los llegó á perder. Estos derechos se reducen principalmente á la facultad de votar en las juntas populares y á la capacidad de ser elegido por ellas para los cargos públicos. Véase la ACTA CONSTITUTIVA de la República, de 19 de octubre de 1851, art. 1 y 2.

(28) L. 2, tít. 23. Par. 4.

(29) L. 11. tít. 21. Part. 2.

(30) Dha. ley 2.

(31) L. 11. tít. 1. Part. 2.

(32) Ll. 2. tít. 21. y 8. tít. 31. Part. 2. leyes 8. y 9.

dad de Méjico y Guatemala, que gozan de los mismos privilegios y exenciones que los graduados de Salamanca (33). Y en la nobleza adquirida por buenas acciones y servicios personales, se incluyen los caballeros (34). Plebeyos son todos los demas que ni son nobles, ni gozan de los privilegios de tales, y comunmente se llaman del estado llano (q).

22—Tambien se dividen los hombres libres en eclesiásticos y legos (35). Los eclesiásticos, que son los que componen el estado gerárquico de la Iglesia, ó son clérigos seculares ó regulares (36); y legos

tít. 7. lib. 1. Rec. de Cast. Ll. 14. y 15. tít. 18. lib. 6. Nov. Rec.

(33) Const. 273. aprobada en Real céd. de 9 de junio de 1686.

(34) Ll. 1. 2. 3. y 4. tít. 21. Part. 2.

(q) Esta odiosa distincion es tambien desconocida en la República. Por ella gozaban los nobles que obtenian ese renombre por posesion inmemorial, ó de 20 años, ó por declaracion y privilegio del Rey, las exenciones siguientes: franquicia de los pechos ó tributos plebeyos; no poder ser presos por deudas, ni ser puestos á tormento, ni poder ser obligados á desdecirse cuando hubiesen injuriado á otro. En la República todos los hombres están sujetos á las mismas cargas, deben ser juzgados por unas mismas leyes, y gozan de los mismos derechos, sin que haya distincion alguna por razon del nacimiento, ni otras exenciones que las establecidas por las leyes, no en favor de las familias, sino en consideracion al mérito y á los cargos que se obtienen; recordando solo como para prueba del aprecio que aun en las monarquias absolutas han merecido las letras, que á los graduados de grado mayor en la Universidad, se concedian los fueros de nobles, y á los de grado menor, los de caballeros.

(35) Ley 2. tít. 23. Part. 4.

(36) Tít. 6. y 7. Part. 1.

son los que no han recibido la prima tonsura por lo menos (r).

§. III.

Del estado de familia.

23—Segun este estado, se dividen los hombres en padres, é hijos de familia que están bajo la potestad de aquellos; pero esta division la tratarèmos oportunamente en el título IX.

(r) Los eclesiásticos regulares, son *aquellos que*, segun la ley 1 tít. 7 Part. 1, *dejan todas las cosas del siglo é toman alguna regla de religion para servir á Dios*, *prometiéndola de guardar*; y seculares, á quienes se llama comunmente *Clérigos*, que no profesan regla alguna. Segun la ley 8. tít. 9. lib. 1. Nov. Rec. están libres ellos, las iglesias, monasterios y prelados de pagar el derecho de alcabala por las ventas ó trueques que hicieren de sus bienes por lo que á ellos toca; mas no por lo que vendieren por via de mercadería, trato ó negociacion. Esta exencion no alcanza á los Clérigos de prima y órdenes menores, sino es que tengan beneficio eclesiástico; pero gozan del privilegio del fuero, si están adornados de las calidades exijidas por el Concilio de Trento: leyes 6 y 7 tít. 10 lib. 1 Nov. Rec.—Los Clérigos menores están exentos tambien de las cargas personales, aunque deben contribuir con dinero, segun las leyes 51 y 54 tít. 6 Part. 1; y con respecto á las cargas de los bienes patrimoniales, aunque tanto los eclesiásticos como sus iglesias estaban exentos de ellas, en el año de 1737 se celebró Concordato entre el Rey y el Sumo Pontífice, por el cual los bienes que adquiriesen las iglesias y demas manos muertas, quedan sujetos á las mismas cargas que cuando los poseian los legos; pero los de los eclesiásticos particulares conservaron su exencion. Ley 3. tít. 18. lib. 7. Nov. Recop.

TÍTULO IV.

DE LOS INGÉNUOS.

SUMARIO.

La etimología de este nombre, se toma de la palabra latina *gignendo*. Los ingénuos, pues, por tanto se llaman así, porque les es ingénita, ó innata la libertad, es decir: porque desde el momento en que fueron engendrados ó nacidos, fueron libres. Esta es la principal distincion que hay entre ellos y los libertinos, los cuales tambien son libres, pero no desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

2—Con lo dicho se entiende fácilmente la definicion. *Ingénuo es aquel, que es libre desde el instante de su nacimiento.* (1) De suerte, que para que alguno sea ingénuo se requieren tres cosas. La primera, que sea libre, porque el siervo de ninguna manera lo es. La segunda, que sea libre desde el instante de su nacimiento; y así, si uno que naciese de una esclava fuese manumitido en el momento mismo del parto, no seria ingénuo sino libertino. La tercera, que nunca haya estado en justa servidumbre, porque con un solo instante que hubiese sido siervo, aunque despues recobrase su primera libertad, no seria ingénuo sino libertino (2).

3—Para poder juzgar acertadamente quiénes son ingénuos, es necesario establecer un axioma del que deducirémos despues varias conclusiones. Tal es el

(1) L. 1. tít. 14. P. 4.
(2) Arg. de dicha ley 1. tít. 14. Part. 4.

siguiente: *es ingénuo todo aquel que ha nacido de una madre, que á ló ménos por un momento fué libre, ó al tiempo de la concepcion, ó al del parto, ó en el intermedio* (3). La razon de este axioma, es la condicion tan miserable de los siervos, por cuya causa el derecho siempre favorece mas á la libertad que á la servidumbre (4); y así juzga ingénuo y no siervo al infante cuya madre ha sido libre, al ménos un instante desde la concepcion hasta el parto (5).

4—Del axioma establecido se deducen varias conclusiones. 1.ª Que es ingénuo el que ha nacido de padres libertinos, porque nunca ha estado en servidumbre. 2.ª Que la manumision no daña á la ingenuidad: y así, si un hombre libre injustamente detenido en servidumbre recobra su libertad, no es libertino sino ingénuo; pues nunca fué siervo aunque estuvo en servidumbre. 3.ª Que los hijos vendidos por su padre (6), y los adeudados despues de manumitidos, quedaban ingénuos. Porque segun nuestro derecho, los deudores insolventes y los que hacian cesion de bienes, eran entregados á sus acreedores para que les sirviesen (7); pero como no eran siervos, sino que solamente prestaban sus obras como criados mercenarios, así que acababan de pagar, y conseguian su libertad, no quedaban libertinos sino ingénuos. 4.ª Que el nacido de muger libre y de siervo, es ingénuo en virtud de que, como dijimos arriba, el parto sigue al vientre. Finalmente, por la misma razon es ingénuo, el espúrio nacido de madre ingénua, aunque el padre sea incierto.

(3) L. 2. tít. 21. Part 4.
(4) L. 1. tít. 34. P. 7. y 22. v. *é esto* tít. 9. P. 6.
(5) Dicha L. 2. tít. 21. P. 4.—(6) L. 9. tít. 17. P. 4.
(7) Ll. 4. 5. y 7, tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. Nota 1 del tít. 32 lib. 11. Nov. Rec.

TÍTULO V.

DE LOS LIBERTINOS.

SUMARIO.

Dijimos arriba al comenzar el tratado de las personas, que los hombres libres, ó son ingénuos ó libertinos. Habiendo, pues, tratado ya de los ingénuos, se sigue ahora hablar de los libertinos (s).

2—Libertino, *es aquel que ha sido manumitido de una servidumbre justa y legítima*. Decimos que ha de tener esta condicion, porque ya dejamos asentado, que el que fué manumitido de una servidumbre injusta y violenta, no sería libertino sino ingénuo: v. gr., José manumitido por Faraon, quedó ingénuo, porque habiendo sido vendido injustamente por sus hermanos, no estuvo en una servidumbre legítima (1). Veamos ahora qué es manumision, y cuáles son los modos de manumitir adoptados por nuestro derecho.

3—Por ella entendemos, *el acto de dar de mano*. Por *mano* en derecho se significa la *potestad*; y así se

(s) Llámanse *libertinos* con respecto á su estado, y tambien *libertos* con relacion al patrono; pero antiguamente liberto era el manumitido ó *aforrado*, como le llama la ley de Partida, y libertino el hijo de liberto.

(1) Ll. 4. 5 y 6 tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. Dha. nota 1.

dice muchas veces que *los hijos estan en la mano de sus padres*, esto es, *en su potestad*. Que los siervos pueden ser manumitidos, es claro, en el supuesto de que son cosas: luego estan en dominio como las demas; y como éste se puede renunciar ó abdicar, es indudable que tambien se puede manumitir.

4—Segun nuestro derecho, los siervos pueden ser manumitidos de dos maneras; ó por voluntad de su dueño, ó por ministerio de la ley. Por voluntad espresa del señor, consiguen la libertad, cuando aquel se la dá, ó á presencia del juez, ó en testamento, ó por carta, por sí mismo ó por personero, ó de cualquiera otro modo que conste la voluntad que tiene de manumitir, aunque no intervenga solemnidad alguna. Porque no obstante que lás leyes de Partida, fundadas en el derecho de los romanos, establecian que la manumision no pudiese ser hecha por personero, y que habia de verificarse delante de cinco testigos, ó en escritura firmada de otros tantos (2); en el dia ninguna de estas solemnidades se requiere, en virtud de que la ley recopilada (3) manda que valga toda obligacion ó contrato hecho, en cualquiera manera que conste que uno se quiso obligar á otro.

5—Por voluntad tácita manifestada por los hechos, se tiene por manumitido el siervo á quien su señor instituye por heredero en su testamento (4), ó deja por tutor de sus hijos, aunque no diga que le concede la libertad (5). Asimismo cuando se casa con

(2) L. 1. tít. 22. Part. 4.
(3) L. 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(4) L. 3 tít. 3 Part. 6.
(5) L. 7 tít. 16 Part. 6.

su sierva, ó permite que otro hombre libre se case con ella ó una libre con su siervo (6). Lo mismo sucede cuando el siervo recibe órdenes hasta el subdiaconado, sabiéndolo el señor y consintiéndolo: porque si los recibe sin su consentimiento ni noticia, puede el señor mantenerlo en servidumbre, si no es que hubiese sido promovido al diaconado ó presbiterado, que entónces quedará libre; pero con la obligacion de pagar el precio que valía ántes de ser ordenado, ó de dar otro siervo que valga tanto como él (7).

6—Por ministerio de la ley, aun contra la voluntad de su dueño consiguen los siervos su libertad, unas veces en pena de los delitos del señor, y otras en premio de algunas acciones recomendables. Del primer modo es libre por derecho la sierva prostituída por su señor. Asimismo lo es (8) el siervo espuesto en su infancia, ó abandonado por vejez ó enfermedad (9); aunque en estos casos debe el señor proveerles de todo lo necesario durante el tiempo de la niñez, ó de la vida ó enfermedad (10). En premio es libre el siervo que en campaña hace prisionero, ó mata al caudillo contrario. El que descubriere al raptor de una muger vírgen, ó al que fabrica moneda falsa, ó al que desamparó alguna fortaleza que estaba á su cargo, ó al Rey ó capitan en alguna espedicion y descubriese alguna traicion que se intentase contra el Rey ó contra el reino. Pero en estos

(6) Ll. 1. tít. 5. y 5 tít. 22 Part. 4.

(7) L. 6. tít. 22. Part. 4. Del siervo ordenado de subdiácono, se debe decir lo mismo que del diácono. L. 13. tít. 6. Part. 1. que concuerda con el cap. 7. *De servis non ordin.*

(8) L. 4. tít. 22. Part. 4.

(9) L. 4. tít. 20. Part. 4.

(10) Real cédula de 31. de mayo de 1789. cap. 6.

casos el Rey, ó el otro señor á quien las descubriese, debe dar á su dueño tanto precio cuanto vale el siervo. Es tambien libre, cuando acusa al que dió la muerte á su señor (11), y el siervo de moro ó judío que, abandonando la secta que profesaba juntamente con su señor, abrazare la religion cristiana y se bautizare (12).

7—Por derecho de gentes, es libre el esclavo, que de los reinos estrangeros se pase á alguna provincia del nuestro, con ánimo de recobrar su libertad, como está decidido por repetidas cédulas y reales órdenes (13).

8—Finalmente, se juzga tan favorable por nuestro derecho la libertad, que la conseguirá cualquier siervo que por sí ó por otro, presente á su señor el justo precio de ella; á cuyo efecto le han proporcionado nuestras leyes algunos medios (14).

9—A la manumision son consiguientes varios oficios entre el liberto y su señor, que llaman *derechos de patronato*, de los que vamos á tratar, aunque por la mayor parte estan desacostumbrados. El fundamento de todos los derechos de los patronos, consiste en cierta especie de paternidad y filiacion que el derecho finje entre el patrono y su liberto (15). La razon es clara: porque así como el hijo debe á su padre la vida natural, el liberto debe á su patrono la civil. Durante la servidumbre no èra mas que una cosa, como las otras que estan en el patri-

(11) L. 3 tít. 22 Part. 4.—(12) L. 8 tít. 21 Part. 4.

(13) Real cédula de 14 de abril de 1789, y real órden de 25 de marzo de 1801.

(14) Arg. de la ley 2 tít. 22 Part. 4 y de la real cédula de 31 de mayo de 1789 cap. 3.

(15) Arg. de la ley 8 tít. 22 Part. 4 y en ella Gregorio Lopez al número 4.

monio, y por la manumision se hizo persona, adquirió cabeza en la república, y recibió el mayor beneficio que se puede hacer á un hombre despues de la vida (16). Los patronos, pues, deben tener para con sus libertos el lugar de padres.

10—De este fundamento nacen todos los derechos del patrono. Porque, como segun hemos dicho, el liberto es á semejanza de hijo para con su patrono, debe á este todo obsequio y reverencia (17); y así como el hijo no puede presentarse en juicio contra su padre sin impetrar vénia del juez, de la misma suerte el liberto contra su patrono. Debe tambien mostrar su agradecimiento, no solo con sus palabras, sino con toda especie de obras oficiosas, ayudándole y cuidando de sus cosas cuando sea necesario; pero no con obras de trabajo á que llaman *fabriles*, como coserle sus vestidos si es sastre, hacerle zapatos si es zapatero, si no es por convencion especial, ó por mucha pobreza del patrono (18). Sucede *ab intestato* en todos los bienes del liberto, no teniendo hijos, nietos, padres ni hermanos. Si hace testamento y no tiene ninguno de los parientes sobredichos, llegando sus bienes al valor de cien maravedis de oro, debe dejar á su patrono la tercera parte (19).

11—Estos derechos tienen lugar cuando el señor dá libertad á sus siervos gratuitamente por sola su buena voluntad y por hacerles bien. Mas si son manumitidos por méritos suyos, ó en pena de los abusos de su señor, no quedan con obligacion alguna para con él (20).

(16) Dicha ley 8 tít. 22 Part. 4.
(17) L. 8 tít. 22 Part. 4.
(18) Dicha ley 8 tít. 22 Part. 4.
(19) L. 10 tít. 22 Part. 4.—(20) L. 11 tít. 22 Part. 4.

Título VI y VII [*].

Quiénes no pueden dar libertad á sus siervos y por qué causas.

Sumario.

1 Casos en que no tiene lugar la manumision de los siervos.
2 El primer caso se verifica en la manumision hecha en fraude de los acreedores.
3 Esplicacion de lo que se entiende por nulo y por rescindible.
4 Qué es fraude, y qué es manumitir en fraude de los acreedores?
5 Requisitos exigidos por las leyes para manumitir á los siervos.
6 Continuacion de la misma materia.
7 Otro caso en que no es lícito á los señores manumitir á los siervos, sino es bajo ciertas condiciones.

Aunque las leyes han procurado en cuanto es posible favorecer la libertad, facilitando los medios de que la consigan los que carecen de ella; no obstante, se hallan algunos casos en que por justas causas han privado á los señores de la facultad de manumitir á sus siervos, que por principios generales de derecho les compete.

2—El primer caso se verifica con la manumision

[*] Al tít. 7 nada corresponde por nuestro derecho. En él se deroga la ley llamada Fusia Caninia, que por otros motivos distintos de los que se refieren en el tít. VI, prohibía dar la libertad á los siervos, si no era en cierta proporcion con el número de los que se tenian. Sea lo que fuere de la justicia de los motivos, acerca de la cual estan discordes los autores; lo cierto es que por nuestro derecho no hay mas impedimento para dar libertad á los siervos que el perjuicio que se ocasione á los acreedores, ó á los herederos forzosos, en el caso de que las libertades dadas escedan la quinta ó tercera parte de los bienes del testador y perjudique la legítima que les corresponde conforme á derecho. L. 12 tít. 6 lib. 5. Rec. de Cast. L. 8 tít. 20 lib. 10. Nov. Rec.

hechá en fráude de los acreedores. Acerca de ésta disponen las leyes, que no valga la libertad dada á sus siervos por aquel que estando cargado de deudas, no teniendo como satisfacerlas completamente, y consistiendo su patrimonio ó la mayor parte de él en siervos, los manumitiese con la mira de defraudar á sus acreedores y hacer ilusorio su derecho (1). Los siervos, aun en el dia, forman en muchas provincias la mayor parte de las riquezas de los propietarios, y como en derecho se reputan por cosas, no es ménos rico el que tiene muchos siervos, que el que posee muchas cabezas de ganado, casas y haciendas. Por tanto, el que les diese libertad á todos, aniquilaría ó disminuiría mucho su patrimonio, con perjuicio irreparable de sus acreedores. Para ocurrir á este inconveniente se han declarado *nulas*, ó en ningun valor y efecto semejantes manumisiones (2).

3—Para inteligencia de esta materia, es necesario advertir que hay mucha distincion en derecho entre lo que es *nulo* y *rescindible*. Nulo se dice aquello que sin necesidad de intentar accion judicial, no produce efecto alguno: v. gr., la enagenacion hecha por un infante. Por el contrario, rescindible se llama lo que en sí es válido y capaz de producir su efecto; pero el juez, por justas causas, lo irrita ó deshace: v. gr., la enagenacion de las cosas de los menores hecha con consentimiento del curador. Esta es una verdadera y legítima enagenacion que produce su efecto. No obstante, si aparece despues que el menor ha sido dañado, puede el juez rescindirla, declarando al menor el beneficio de la restitucion.

(1) L. 24 tít. 3 Part. 6.
(2) Dicha ley 24 tít. 3 Part. 6.

Ahora, pues, no toda enagenacion hecha en fraude de los acreedores es nula, si no que se rescinde por el juez, valiéndose los dañados de la accion *pauliana* que les compete, para recobrar lo que ha sido enagenado en fraude de sus créditos (3). Mas la manumision hecha en fraude de los acreedores, no se rescinde, sino que por el mismo hecho es nula. La razon de esta diversidad consiste, en que la libertad una vez dada no se puede rescindir ni quitar, por lo que tienen las leyes por mejor declarar que no fué dada. A esto se añade que con la accion pauliana, se recobra del poseedor lo que ha sido enagenado (4); mas en la manumision nada se enagena, ni hay quien posea la servidumbre de que ha sido librado el siervo. No habia, pues, otro modo de ocurrir al daño de los acreedores, que estableciendo por regla general, que en cuanto al efecto nada hace el que manumite en fraude de ellos.

4—Resta ahora esplicar, qué sea manumitir en fraude de los acreedores. Por *fraude* se entiende todo dolo dirigido á engañar á otro. Pero no todo dolo es malo, sino solamente aquel que tiene por objeto engañar para causar daño; v .g., cuando uno maliciosamente dá á otro una moneda de cobre plateada, por corriente. Como aquí se trata de un fraude y de un dolo malo, para que se verifique son necesarias dos condiciones: 1.ª Animo, intencion ó deseo de defraudar á los acreedores; esto es, que sepa el deudor que manumitiendo los siervos, no le queda con qué pagar, y que no obstante eso proceda á manumitir: 2.ª Que resulte el efecto de no poder satisfacer á los acreedores, manumitidos los

(3) L. 7 tit. 15 Part. 5.
(4) Dicha ley 7. tít. 15 Part. 5.

siervos (5). Cualquiera de estas dos condiciones que falte, hace válida la manumision; y así si uno con buena fé dá libertad á su siervo, porque se cree tan rico que pueda satisfacer completamente á sus acreedores, aunque efectivamente no alcance, nada ha hecho en fraude suyo, porque faltó el deseo é intencion de defraudarlos. Y si otro, de treinta siervos que tenia, hubiese manumitido tres, quedando con lo suficiente para pagar á sus acreedores, aunque hubiese tenido intencion de defraudarlos, nada hizo en fraude suyo, si estas manumisiones no produjeron el efecto de que fuesen dañados (6) [*].

(5) L. 24. tít. 3. Part. 6.
(6) Dicha ley 24. tít. 3. Part. 6.
[*] Esta nulidad de las manumisiones que hemos esplicado padecia dos escepciones. La primera se ha insinuado ya, y era cuando alguno, juzgándose mas rico de lo que era en la realidad, manumitia con buena fé. Y la segunda, cuando no hallando el testador quien quisiese ser su heredero, instituia á un siervo suyo por tal, dándole la libertad, aunque fuese con perjuicio de sus acreedores. La razon de esta escepcion era, que entre los romanos se tenia por ignominioso que los bienes de un ciudadano que hubiese muerto insolvente, se subastasen por los acreedores en su nombre. Para evitar, pues, este deshonor, permitia el derecho que en estos casos pudiese instituir á un siervo por heredero, el cual lo era necesariamente y nada lucraba de la herencia, pues en esta institucion solo habia el objeto de que los bienes no se pregonasen en nombre del difunto para consultar á su fama, sino en el del siervo heredero. Esta preocupacion se supone existente por la ley 24. tít. 3. Part. 6., y por tanto dispone lo mismo que el derecho de los romanos. Pero en el dia no es admisible semejante escepcion, porque no se tiene por ignominiosa la venta de los bienes de ningun difunto. Así ve-

5—Para manumitir á los siervos requerian antiguamente las leyes la edad de 20 años, y habiendo justas causas para la manumision, permitian que se hiciese aun à la edad de 17 (7). Las causas que se juzgaban suficientes, eran varias, y las espresa muy bien la ley de Partida. «Como si aquel á quien « quisiese aforrar fuese su fijo ó su fija que ovie- « se de alguna su sierva, ó si fuese su padre ó su « madre, ó su hermano, ó su hermana, ó su maes- « tro que le enseñase, ó su amo, ó ama que le cria- « se, ó si fuese su criado ó criada, ó si fuese con « el criado á leche de una muger, ó si fuese tal « siervo que oviese librado á su señor de muerte « ó de mala fama, ó si quisiese aforrar à alguno « de sus siervos para facerlo procurador para re- « cabdar sus cosas fuera de juicio, habiendo el sier- « vo á lo ménos 17 años cumplidos, ó si aforrase « su sierva para casar con ella.» Probandose por el señor alguna de estas causas delante del juez, aun cuando fuese menor de 20 años, como fuese mayor de 17, podia dar la libertad á sus siervos con consentimiento de su curador (8).

6—Lo dicho tenia lugar cuando la manumision era hecha en vida, pues si se hacia en testamento bastaba que el señor tuviese la edad de 14 años (9). Pero ahora, no estando en uso estas leyes, es muy probable que tanto en testamento como fuera de él, puede cualquiera manumitir á la edad de 14 años, y sin que se exija justa causa para ello. So-

mos frecuentemente que en pública almoneda se subastan las bibliotecas y menages de las casas de los hombres mas ilustres, aun cuando nada deben á otro.

(7) L. 1. tít. 22. Part. 4.
(8) Dicha ley 1. tít. 22. Part. 4.
(9) Dicha ley 1. tít. 22. Part. 4.

lo sí, en los menores de 25 se deberá exijir respectivamente el consentimiento del tutor ó curador, por carecer hasta esa edad de la libre administracion de sus bienes.

7—Como esta ámplia facultad concedida á los señores, es en beneficio de los siervos, para que no ceda en daño suyo, está prevenido que no puedan los dueños dar libertad por descargarse de las obligaciones de alimentos y vestido, á aquellos esclavos, que por su mucha edad ó enfermedad, no se hallen en estado de trabajar, y lo mismo á los niños y menores de cualquiera de los dos sexos. Y en caso de manumitirlos debe ser proveyéndoles del peculio suficiente señalado por el señor á arbitrio del juez, y con audiencia del procurador síndico (10), como protector de esclavos.

TÍTULO VIII.

DE LA POTESTAD DOMÍNICA.

SUMARIO.

1 Esplicacion de la division de los hombres que están en agena potestad.
2 Fundamento de la potestad de los señores.
3 Poder de éstos sobre sus siervos y limitaciones de tal poder.
4 A qué quedan sujetos los Señores en caso de escederse?
5 Regulacion del trabajo de los siervos.

Otra division de los hombres, aprobada por el derecho, es en unos que están libres de toda potestad, y otros que están sujetos á potestad agena. Si esta division no se mira con cuidado, es fácil creer que coincide con la primera, por la que dividimos á todos los hombres en libres y siervos;

(10) Real céd. de 31. de mayo de 1789, cap. 6.

pero no es así, porque hay muchos hombres libres, que están sujetos á potestad ajena; v. g., los hijos é hijas de familia, no siendo siervos sino libres. Diremos, pues, que las personas no sujetas á potestád, y que en derecho se llaman *sui juris*, son aquellas que están libres de potestad domínica y patria, y éstas se dicen *padres de familia*, de cualquiera edad que sean; v. g., un infante que acaba de nacer, es padre de familias si no tiene padre ni señor. Por el contrario, están sujetos á potestad ajena todos aquellos que se hallan bajo de la de su padre, ó *señor:* los primeros se llaman *hijos* ó *hijas de familia*, y los segundos *siervos* ó *esclavos*. En este título se tratará de la potestad domínica, y en el siguiente de la patria.

2—El fundamento de la potestad de los señores, es el estado de los siervos, es decir, que los derechos que corresponden á los señores sobre sus siervos, estriban en no considerarse éstos como personas, sino como cosas que están en el dominio de su dueño, no de otra manera que un buey ó un caballo. De suerte, que por derecho antiguo de los romanos era principio inconcuso, que todos aquellos derechos que competan al señor en su cosa, le competen tambien en su siervo. De este principio tan general nació el abuso que hicieron los señores de una facultad tan absoluta. No se limitó á adquirir por medio de los siervos, exigiendo de ellos con crueldad cuanto ganaban, ni solamente á tenerlos en el comercio como cualquiera otra cosa mueble ó semoviente, sino que se llevó hasta el esceso de quitarles la vida, aun por muy leves causas.

3—Nuestro derecho, aunque conviene en que los siervos son cosas que están en el dominio de sus

dueños, teniendo tambien consideracion á que son hombres, y en este concepto iguales á cualquiera otro, han concedido solamente á los señores aquellas facultades, que son necesarias para sacar de ellos una justa utilidad; pero sin violar las leyes sagradas de la caridad cristiana, y de la humanidad. Les concede, pues, un poder lleno y cumplido para hacer de ellos lo que quieran (1); pero les prohibe matarlos, lastimarlos, y tratarlos con demasiada crueldad (2). Impone á los siervos la obligacion tan justa y conforme á la recta razon, de obedecer y respetar á sus dueños, de desempeñar las tareas y trabajos que les señalen, y de venerarlos como á sus señores y padres de familia; pero al mismo tiempo toma las mas oportunas precauciones para que éstos no escedan sus facultades. Para el caso, pues, de que falten á alguna de estas obligaciones ó cometan algunos escesos, les dá poder para castigarlos correccionalmente, segun la calidad del defecto ó esceso, con prision, grillete, cadena, maza, cepo, no poniéndoles en éste de cabeza, ó con azotes que no puedan pasar de veinticinco, y con instrumento suave que no les cause contusion grave ó efusion de sangre (3). Si los castigos espresados no fueren suficientes por haber sido grave el delito cometido por el siervo, ya sea contra sus amos, muger ó hijos, ya contra cualquiera otra persona, no tiene entónces el señor mas facultad para su castigo, sino que deberá dar parte á la justicia (4), para que se pro-

(1) L. 6. tít. 21. Part. 4.
(2) Dicha ley 6.
(3) Real cédula de 31. de mayo de 1789. cap. 8.
(4) Dicha real céd. cap. 9. lib. 4. tit. 8.

ceda contra él, en la forma que esplicarémos en otra parte.

4—Si los señores ó sus mayordomos maltrataren á los siervos, ó se escedieren en los castigos correccionales que únicamente les están permitidos, causándoles contusiones graves, efusion de sangre, ó mutilacion de miembro, ademas de imponérseles pena pecuniaria, segun merezca la gravedad del esceso, se procederá contra ellos criminalmente á instancia del procurador síndico, sustanciando la causa conforme á derecho, y se les impondrá la pena correspondiente al delito cometido, como si fuese libre el injuriado, confiscándose ademas el esclavo, para que se venda á otro dueño si quedare hábil para trabajar, aplicando su importe á la caja de multas. Mas si el esclavo quedare inhábil para ser vendido, sin devolvérselo al dueño ni mayordomo que se escedió en el castigo, deberá contribuir el primero con la cuota diaria que se señalare por la justicia para su manutencion y vestuario, por todo el tiempo de la vida del esclavo (5).

5—La adquisicion por medio de los esclavos, ha tenido tambien bastante moderacion; pues aunque deben siempre ocuparse en beneficio y utilidad de sus señores, en trabajos proporcionados á sus edades, fuerzas y robustez, no obstante les concede el derecho algun tiempo para emplearlo en su utilidad, y adquirir con sus ganancias algun peculio verdaderamente propio. A este efecto está dispuesto, que debiendo principiar y concluir sus trabajos de sol á sol, se les dejen en este mismo tiempo dos horas libres en el dia, para emplearlas en manufacturas que cedan en su personal beneficio

(5) Real cédula de 31. de mayo de 1789. cap. 10.

y utilidad (6). Y la práctica del dia, aun mas benigna, es que los señores, que se sirven de esclavos, les permiten liberalmente que adquieran para sí en todas las horas en que no hacen falta á los oficios á que los destinan, cediéndoles tambien todas las donaciones que se les hacen, y tratándolos en todo como á los criados mercenarios [*].

TÍTULO IX.

DE LA PATRIA POTESTAD.

SUMARIO.

1 ¿Qué es pátria potestad?
2 Fundamento de este poder.
3 La patria potestad no se estiende á derecho de vida y muerte, ni á vender á los hijos etc.
4 Modos de estinguirse la patria potestad.
5 Diferénciase muy poco este poder por derecho civil de España, del que concede el derecho de gentes.
6 Obligaciones que abraza la patria potestad onerosa.
7 Utilidades que produce la lucrativa.
8 Modos de adquirir la patria potestad.

Por patria potestad entendemos, aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil, conceden á los padres sobre sus hi-

(6) La misma real cédula cap. 3.

[*] Por real cédula de 19 de diciembre de 1817, se prohibe para siempre desde esta fecha á todos los vasallos de S. M., así de la Península como de la América, que vayan á comprar negros á las costas de Africa que están al norte del ecuador. Y desde 30 de mayo de 1820, se prohibe igualmente á los mismos, que vayan á comprarlos en las costas de Africa que están al sur del ecuador: bajo la pena de que los negros que fueren comprados en dichas costas, sean declarados libres en el primer puerto español á que llegue la embarcacion, y otras que se contienen en la misma cédula.

jos, con el fin de que éstos sean convenientemente educados (1). De aquí se infiere, que hay una patria potestad que dimana de la recta razon, ó del derecho de gentes, y otra que es inventada por el derecho civil: aquella no dá mas facultades á los padres que las que son necesarias para conseguir el fin, que es la conveniente educacion de los hijos; ésta se estiende á concederles algunas otras facultades y derechos que los indemnicen en alguna manera del trabajo que deben tener para formar de sus hijos unos ciudadanos útiles á la república (t).

2—Considerada la patria potestad por derecho de gentes, nó es otra cosa que aquella facultad que tienen los padres para gobernar y dirigir las acciones de sus hijos, concedida por la naturaleza con el fin de que puedan darles la conveniente educacion á que están obligados. La razon de esta potestad es evidente. Como cuando los hijos son todavía infantes ó niños pequeños y aun jóvenes, no están dotados de aquella perspicacia de ingénio y habilidad necesaria para que ellos mismos pudiesen buscar por sí sus alimentos, y saber como deben arreglar sus acciones á la recta razon; Dios,

(1) L. 1. tít. 17. Part. 4. *Poder que han los padres sobre los fijos.*

(t) La ley 1.ª ántes citada, estendia la patria potestad á los nietos y demas descendientes legítimos; pero en el dia esto no tiene ya lugar, porque por la ley 47. de Toro, que es la 3. tít. 5. Lib. 10. Nov. Rec., está resuelto que queda emancipado el hijo casado y velado; infiriéndose de aquí la necesidad de las velaciones en las nupcias para que éstas tengan fuerza de emancipacion. Luego no estando bajo tal potestad los hijos casados y velados, ménos lo estarán los nietos y demas descendientes.

que quiso que existiesen, se conoce que quiso tambien encomendar á otros el cuidado de su educacion. Y como no puede haber otros mas á propósito que sus mismos padres, á quienes con este fin ha infundido un tierno amor, se infiere claramente que este oficio incumbe principalmente á los padres, y que deben estar revestidos de toda aquella autoridad que se requiere para dirigir y gobernar las acciones de sus hijos, que es lo que se llama *patria potestad*.

3—Segun este derecho, es comun la potestad á ámbos padres, porque de uno y otro es propio el oficio de educar á los hijos comunes; y concediéndose por ella todo aquello sin lo cual no pueden dirigirse sus acciones, es fácil de conocer que es lícito á los padres prescribir á los hijos lo que deben hacer y lo que deben omitir, y á los desobedientes no solo reprenderlos, sino tambien castigarlos segun lo exija su culpa, con consideracion á su edad, sexo y otras circunstancias. Por la razon contraria se infiere, que esta potestad no se estiende á derecho de vida y muerte sobre los hijos, ni tampoco á venderlos, empeñarlos, entregarlos à la *noxa*, y adquirir todo lo que les venga de otra parte; pues es claro, que ninguna de estas facultades es de tal naturaleza que sea necesaria para conseguir el fin que hemos dicho. Pero como la potestad de los padres consiste en la facultad de dirigir las acciones de los hijos, no se les debe negar el derecho de mandarles hacer algunas obras segun su condicion, y de percibir la utilidad de ellas, y aun de administrar aquellos bienes que han adquirido por beneficio de los hombres ó de la fortuna (u).

(u) Nuestra legislacion confiere al padre derechos

4—Finalmente, siendo constante que conseguido el fin deben cesar los medios, por tanto se acaba esta potestad, no solo por la muerte de los padres, sino tambien cuando los hijos varones están en tal edad y circunstancias que pueden vivir separados y formar nueva familia, ó si las hijas ó nietas se casan y pasan á otras familias, al contrario del derecho de los romanos y del antiguo de España, que mantenia á los hijos con sus mugeres y descendientes por toda su vida en la patria potestad, si no es que los padres ó abuelos quisiesen de su voluntad emanciparlos.

5—La patria potestad por derecho civil de España, se diferencia poco de la que concede el derecho de gentes. Es, pues, un derecho que se concede al padre sobre sus hijos, no solo para conseguir la cómoda educacion de ellos, sino tambien para utilidad del mismo padre y de toda la familia (2). Como en esta potestad se halla una parte gravosa á los padres, y otra que les es útil, se puede dividir la patria potestad en *onerosa* y *ùtil*.

como legislador, juez, tutor y señor de sus hijos. Como *legislador,* prescribe el padre á la familia, reglas de conducta, tiene medios de premiar al hijo ú hijos que por su respeto, servicios ó desgracias, se hagan mas dignos de esta distincion, mejorándolos en vida ó á la muerte; y nombrando tutor, señala al que le ha de remplazar en sus cuidados: como *juez,* tiene el derecho de castigarlos, y por justas causas de privarles de su herencia: como *tutor*, debe cuidar de su subsistencia y educacion; y finalmente, como *señor,* se aprovecha de su trabajo y de sus bienes, sin que los hijos tengan accion á pedirles salarios, pues los padres cumplen con mantenerlos y educarlos, segun su esfera y posibilidad. Ley 3. tít. 20. Part. 2.

(2) L. 5. tít. 20. Part. 2. y 1. 3. y 5. tít. 17. Part. 4.

La primera es comun al padre y á la madre, sean legítimos, ó ilegítimos los hijos, como que casi no es otra cosa que las obligaciones mismas que la recta razon ha impuesto á todos aquellos que han dado el ser á otro (3). La segunda comprende algunos derechos que producen honor y utilidad á los padres que han tenido hijos conforme al órden establecido por el derecho, y á quienes es justo remunerar, así el trabajo que toman en su educacion, como el servicio que hacen á la república multiplicando los ciudadanos honrados. Esta es propia de solo el padre (4), así porque es la cabeza de la familia, como porque supone el derecho que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad (5). Veremos en primer lugar las obligaciones que abraza la patria potestad onerosa, y en segundo los derechos que concede la útil.

6—La primera es criar y alimentar á los hijos. Esta obligacion y cuidado es á cargo de la madre hasta los tres años, y del padre de allí adelante (6) (v). La segunda instruirlos, gobernarlos, y

(3) L. 5. tít. 19. Part. 4. y real céd. de 11. de dic. de 1796. art. 25.

(4) Ll. 2. y 8. tít. 17. Part. 4.

(5) L. 3, al fin v. *Ca asi como es razon.* tít. 20. Part. 2.

(6) Ll. 3. tít. 8. lib. 3. del Fuero Real y 1. 2. 3. 4. y 5. tít. 19. Part. 4.

(v) Por tres razones, dice la ley 2. tít. 19. Part. 4, están obligados los padres á criar á sus hijos: la 1.ª de naturaleza, porque son su misma sangre, por la cual se mueven tambien los irracionales á criar á los suyos: la 2.ª por el amor que les profesan; y la 3.ª porque

cuando fuere necesario, castigarlos moderadamente para hacerse obedecer de ellos (7). Otra de las principales obligaciones de los padres, en lo tocante á la vida civil, es encaminar y proporcionar á sus hijos para algun oficio, ó destino útil con qué puedan pasar la vida con honor y comodidad (8); y siendo negligentes los padres en el cumplimiento de una obligacion tan importante, ó estando imposibilitados, deben los magistrados tomar en sí este cuidado (9).

7—Estos son los cargos anexos á la patria potestad onerosa. Las utilidades que produce la lucrativa son: 1.ª La propiedad de los bienes adqui-

así lo prescriben las leyes divinas y humanas. En tal virtud, la madre debe criarlos todo el tiempo llamado de la *lactancia*, que son los tres años espresados, y el padre despues de ellos; pero si aquella es pobre, aun en dicho tiempo debe suministrarla el padre lo necesario, y por el contrario, si aquella es rica, y éste pobre. Si ámbos son pobres, recae esta obligacion en los abuelos paternos ó maternos y demas ascendientes por su órden; debiendo advertir, que los hijos y demas descendientes tienen igual obligacion con sus ascendientes pobres, segun la ley 4. tít. 19. citado. Finalmente, si los padres se divorcian, toca al culpado, siendo rico, su manutencion, ya sean mayores ó menores de las edades ya indicadas, y al inocente tenerlos en su poder y custodiarlos: leyes 3. y 4. del propio título y Partida. La obligacion de alimentar á los hijos cesa por tener éstos como subsistir y por ingratitud grave que cometan contra sus padres: leyes 5. y 6. tít. 19. Part. 4. y Greg. Lopez glos. 3 á dicha ley 6.

(7) Ll. 3. tít. 20. Part. 2. y 18. tít. 18. Part. 4.

(8) Real cédula de 12. de julio de 1781. art. 1.

(9) Dicha real cédula art. 2, que es L. 10. tít. 31. Lib. 12. Nov. Rec.

ridos por los hijos con el peculio profecticio (10). Este se llama así, porque dimana del padre, ó de los parientes de parte de él, ó porque viene á los hijos por respecto suyo: 2.ª El usufructo de los adventicios ó adquiridos por parte de la madre ó de sus parientes, por herencia ó beneficio de la fortuna ó de la industria (11). Pero debe el padre administrar estos bienes de sus hijos, y defenderlos así en juicio como fuera de él, por toda su vida (12), y en caso de emancipar al hijo, le conceden las leyes que se quede con la mitad del usufructo que tenía, y que solo le entregue la otra mitad, permaneciendo en todo caso la propiedad en el hijo (13): 3.ª La facultad de vender ó empeñar á sus hijos en caso de hambre ó de suma pobreza, que no pueda remediar de otra suerte; pero devolviendo despues el hijo ú otro por él la cantidad que recibió su padre, debe quedar libre (14): 4.ª Ultimamente, compete á los padres la facultad de dar ó negar la licencia para el matrimonio de sus hijos menores de 25 años, y de sus hijas menores de 23, sin que tengan obligacion en caso de disenso de esplicar la causa, ni de dar la razon de él (15). Esta prerogativa es la única que se comunica á la madre en defecto del padre, no teniendo el hijo 24 años, y la hija 22 (16) (x).

(10) L. 5. tít. 17. Part. 4.
(11) Dicha ley 5. tít. 17. Part. 4.
(12) Dicha ley 5.
(13) L. 15. tít. 18. Part. 4.
(14) L. 8. tít. 17. Part. 4.
(15) Real decreto de 10. de abril de 1803. L. 18. tít. 2. lib. 10. Nov. Rec.
(16) Dicho real decreto. Dicha ley 18.
(x) La facultad que se concede al padre de ven

8—Los modos de adquirir la patria potestad, son: 1.º El matrimonio legítimo ó contraido conforme al órden establecido por la iglesia (17): 2.º La legitimacion (18); y 3.º la adopcion (19). A éstos suele añadirse la sentencia del juez que declara ser hijo legítimo aquel de quien se dudaba; y el delito que cometiese un hijo contra su padre que lo habia emancipado (20). Pero el primero mas es modo de probar la patria potestad, que de fundarla; y el segundo solo es una pena que impone el derecho al hijo ingrato, y que por tanto no es un modo comun de adquirirla. Tratarémos, pues aquí solamente de los tres que hemos dicho, y primeramente del matrimonio (y).

der ó empeñar á su hijo en caso de estrema necesidad, ó cercado de enemigos en defensa de algun castillo, ha cesado ya en el dia, y le estaba prohibida á la madre: ley 8. tít. 17. Part. 4.—Esdras 2, cap. 5.

(17) L. 4. tít. 17. Part. 4.

(18) Arg. de las leyes 1. y 2. tít. 17. Part. 4.

(19) L. 4. del mismo tít.

(20) La misma ley 4. tít. 17. Part. 4.

(y) Debe tenerse presente en esta materia, que la patria potestad es solo propia del padre; y que no la hay respecto de los hijos naturales, incestuosos, ni demas ilegítimos.

TÍTULO X.

DE LAS NUPCIAS Ó MATRIMONIO.

SUMARIO.

1 El matrimonio no solo es un contrato sino tambien un sacramento.
2 Cómo se define el matrimonio?
3 Ritos y solemnidades con que se contrae.
4 5 Consentimiento paterno y disposiciones legales sobre el particular.
6 De las proclamas ó amonestaciones.
7 Asistencia del párroco ú de otro sacerdote con su licencia.
8 Fórmula para el matrimonio y de las velaciones.
9 De los contrayentes.
10 No pueden contraer matrimonio los parientes cercanos.
11 Qué es parentesco de consanguinidad y qué de afinidad?
12 Qué es grado y cómo se computa.
13 Cómo se computan los de afinidad?
14 Hasta donde se estiende la prohibicion de contraer matrimonio?
15 Del parentesco espiritual y del civil.
16 De otros impedimentos para el matrimonio.
17 18 19 Continuacion de la misma materia.
20 21 Penas en que incurren los que contraen matrimonio contra las prohibiciones establecidas por derecho.

El primer modo de adquirir la patria potestad, es el matrimonio. Este no solo es un contrato que trae su orígen del derecho natural y de gentes, confirmado y autorizado por el derecho civil, sino tambien un sacramento instituido por Jesucristo, reconocido y venerado como tal en la Iglesia católica. Bajo este supuesto, veremos en este título: 1.° qué sea el matrimonio: 2.° con qué solemnidades y ritos se contrae: 3.° quiénes pueden contraerlo, y 4.° en qué penas incurren los que lo contraen ilegítimamente.

2—Cuanto á lo primero, el matrimonio se define: un *contrato indisoluble de sociedad celebrado entre dos personas de diverso sexo, con el fin de procurar la procreacion de la prole, y de cuidar de su conveniente educacion* (1). Se dice que

(1) L. 1. tít. 2. Part. 4. *Ayuntamiento de marido é*

es *un contrato*, porque para su valor requiere precisamente el consentimiento de ámbas partes (2): *indisoluble*, porque aunque todo contrato consensual se pueda disolver por mútuo disentimiento, éste por la naturaleza de sus obligaciones, y por derecho divino, canónico y civil, no puede disolverse (3). Se dice que este contrato es *de sociedad*, porque no es otra cosa que el consentimiento de dos, acerca de un mismo fin, y de unos mismos medios: *entre dos personas de diverso sexo*, porque la poligamía si es viril, es del todo opuesta al fin del matrimonio, y si es muliebre, es ménos conforme á él, y prohibido por el derecho divino, eclesiástico y civil (4): finalmente se añade, que en esta sociedad se debe tener por fin *la procreacion y educacion de la prole*, porque el fin que Dios se propuso instituyendo el matrimonio, fué que el género humano se propagase ordenadamente, y que se supliese con nuevos individuos el número de aquellos, que cada dia pagan la deuda comun de la naturaleza (5).

3—Hasta aquí hemos investigado la naturaleza del matrimonio en su definicion: síguense ahora los ritos y solemnidades con que se contrae. Entre éstas, unas hay que preceden, y otras que acompañan al matrimonio. De la primera especie son

de muger, fecho con tal entencion de vivir siempre en uno é de non se departir, guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é non se ayuntando el varon con otra muger, nin ella á otro varon, viviendo ámbos á dos.

(2) L. 5. tít. 2. Part. 4.
(3) L. 7. del mismo tít.
(4) L. 3. del mismo tít.
(5) L. 4. del mismo tít. v. *é las razones* al medio.

los esponsales [*], los que aunque no son necesarios para su valor, no dejan de precederle cuando éste se contrae con la madurez que se requiere. No son otra cosa, que una promesa mútua de futuro matrimonio (6); y aunque ésta no es mas que un mero pacto celebrado sin solemnidades algunas, es de tal fuerza, que por ella quedan obligados los desposados á contraer matrimonio despues (7). Y aunque por derecho novísimo (8), en ningun tribunal eclesiástico ni secular se deben admitir demandas de esponsales que no estén reducidos á escritura pública, esto prueba que no producirán accion sin este requisito; pero sí obligacion, siempre que no haya una justa causa para rehusar su cumplimiento. Finalmente, para contraerlos, basta la edad necesaria para consentir, que es la de siete años (9), y el consentimiento de los padres, en los que son hijos de familia, que es la segunda solemnidad que debe preceder al matrimonio (z).

[*] «Desposorio, dice la L. 1.ª tít. 1. Part. 4, es el prometimiento que fazen los omes por palabra, cuando quieren casar.» De aquí es que la palabra *esponsales*, se ha considerado por los canonistas, como el consentimiento en el matrimonio de futuro, y aun en el actual; y entónces se llaman *esponsales de presente*. DEVOTI, *de sponsalibus*.

(6) L. 1. tít. 1. Part. 4.

(7) Ll. 1. y 7. tít. 1. Part. 4.

(8) Real decreto de 10 de abril de 1803. L. 18. tít. 2. Lib. 10. Nov. Rec.

(9) L. 6. tít. 1. Part. 4.

(z) Se llaman *esponsales* del verbo latino *spondere* que significa prometer. Siendo un mero pacto, pueden celebrarse con juramento ó sin él, y entre ausentes por procurador ó carta; leyes 1. y 10. tit. 1.

4—Es verdad que la licencia de los padres y su consentimiento, no es un requisito necesario para que sea válido el matrimonio contraido por los hijos de familia; pero sí lo es para que sea lícito. No se puede dudar que falta gravemente al respeto, veneracion y agradecimiento que debe à sus padres, el hijo que se empeña en un asunto de tanta consideracion como el matrimonio, sin pedir y obtener su consentimiento, aun cuando sea mayor de edad, ó haya salido de su potestad (10); pues nada de esto es motivo para que se estinga el amor de veneracion y agradecimiento que les debe siempre tener. Mas como en este punto de

Part. 4. Se hacen de cuatro maneras: 1.ª por *condicion;* v. g. prometo casarme contigo si hicieres tal cosa; 2.ª por *causa,* como si se dijere, prometo casarme contigo porque hiciste tal cosa; 3.ª por *manera*, v. g., te doy ó hago esto para que tú hagas tal cosa; y 4.ª por *demostracion*, como en este ejemplo; prometo casarme con N. que tiene tal ó cual circunstancia: leyes 2. y 3. tít. citado. Las condiciones deben ser honestas y conforme á la naturaleza del desposorio; pero si fueren torpes ó imposibles no le vician ó anulan, y se tienen por no puestas: leyes 3, 4, 5 y 6. tít. 4. Part. 4. Aunque los esponsales deben preceder al matrimonio, no siempre sucede esto; pero una vez celebrados quedan mutuamente obligados los contrayentes, y cualquiera de ellos que se niegue á cumplirlo, puede ser obligado á ello por el tribunal eclesiástico; á ménos que tenga una justa causa para no querer. Miéntras no se disuelvan, producen impedimento para otros esponsales; de manera, que aun cuando los primeros se hubiesen celebrado sin juramento y los segundos con él, no quitarian éstos la fuerza á aquellos: leyes 7. y 8. tít. 1. Part. 4.

(10) Pragm. sanc. de 23. de marzo de 1776. L. 9. tít. 2. lib. 10 Nov. Rec.

conceder ó negar el permiso para el matrimonio, puede haber de parte de los padres una resistencia perjudicial ó puramente de capricho, y de parte de los hijos una pasion ardiente y fogosa que los empeñe sin reflexion en una alianza de consecuencias funestas; para evitar los inconvenientes de la arbitrariedad, y dar una regla fija, se ha señalado por derecho la edad, hasta la cual pueden los padres usar de su potestad, impidiendo del todo el matrimonio, si no es de su agrado, y que cumplida la que se requiere, entren los hijos al goce de su libertad, contrayéndolo á su arbitrio. Peró en este caso, aunque las leyes no exigen que se pida licencia ni consejo á los padres, faltarán á su obligacion los hijos que no les den esta señal de respeto y dc amor, ó que no hagan caso de la resistencia fundada que hagan sus padres à su matrimonio, por indecoroso óperjudicial.

5—Lo últimamente dispuesto sobre este particular, se puede reducir à cuatro puntos: 1.º Que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, puedan contraer matrimonio sin licencia de sus padres, quienes en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren no estarán obligados à dar la razon, ni esplicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años, y las hijas 23, podràn casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo, ni consentimiento de sus padres: 2.º En defecto del padre, tiene la madre la misma autoridad; pero los hijos ó hijas adquieren la dicha libertad un año àntes de la referida, es decir, á los 24 el varon, y á los 22 la muger: 3.º A falta de padre y madre recae la autoridad en el abuelo pa-

terno, y à falta de éste en el materno; pero en este caso es libre el varon á los 23, y la muger á los 21 cumplidos: 4.º A falta de los referidos, recae la autoridad en los tutores, y á falta de éstos en los jueces del domicilio; entónces son libres los varones á los 22, y las mugeres à los 20 cumplidos (11). Aunque los padres, madres, abuelos y tutores, segun hemos dicho ya, no tengan qué dar razon á los menores de las edades señaladas, de las causas que tengan para disentir á sus matrimonios; no obstante, los que fueren de la clase que deben solicitar el real permiso, pueden recurrir á S. M., ó á la Cámara, gobernador del Consejo y gefes respectivos, para que por medio de los informes que tomen, se conceda ó se niegue el permiso correspondiente para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto: en las demas clases del Estado ha de haber el mismo recurso á los presidentes de Chancillerías y Audiencias, y al regente de la de Asturias, los cuales procederán en los propios términos (aa).

(11) Real decreto de 10 de abril de 1803. L. 18. tít. 2. lib. 10. Nov. Rec.

(aa) La facultad de suplir, en caso de disenso, el consentimiento de los padres, correspondia al Gefe superior político de la provincia, conforme á las leyes de Cortes de 14 de abril y 23 de Junio de 1813; pero entre nosotros es propia del Gefe supremo de la República, segun el Decreto de la Asamblea Constituyente, de 15 de julio de 1839. Para el caso de que, por ausencia de los padres, haya dificultades invencibles para que los menores de 25 años y mayores de 18, puedan obtener el consentimiento de sus padres para contraer matrimonio, está resuelto por Decreto de 13 de mayo de 1842, que calificadas préviamente por el Gobierno dichas dificultades, el Presidente del Estado,

6—Las proclamas ó denunciaciones, son otro requisito y solemnidad que debe preceder al matrimonio. Estas tienen por objeto, hacer público el matrimonio que se ha de contraer, para que si alguno sabe algun impedimento que obste á su celebracion, lo denuncie al párroco. Deben hacerse en tres dias de fiesta continuos en la iglesia y al tiempo de la misa mayor, y siendo los contrayentes de diversas parroquias, deben proclamarse en ámbas (12) (bb).

7—Otra solemnidad, y que absolutamente se requiere para el valor del matrimonio, es que se celebre delante del propio párroco, de alguno de los contrayentes, ó de otro sacerdote con licencia del mismo párroco ó del Ordinario, y de dos ó tres testigos (13).

8—Finalmente es constante, que desde los primeros siglos de la iglesia, se ha celebrado el matrimonio con algunas sagradas ceremonias y preces, que aunque no pertenecen á su esencia, sería un crímen omitirlas. Han sido varias segun la diversidad de tiempos y lugares. El dia de hoy, conforme al Ritual Romano de Paulo V, mandado observar desde el año de 1614, despues de ha-

de acuerdo con el Consejo, y en su falta con el de la Suprema Corte de Justicia, podrá suplir dicho consentimiento, asegurándose ántes de la moralidad y buena conducta del pretendiente.

(12) Conc. de Trent. sess. 24. cap. 1. *de Reform.* Rit. Rom. *de sacr. matr.*

(bb) Las proclamas no son necesarias para la esencia del matrimonio, y así es que el Ordinario dispensa con facilidad una, dos y aun las tres á solicitud de los interesados, segun las circunstancias.

(13) Conc. de Trent. sess. 24. cap. 1. *de Reform.*

ber espresado los contrayentes su mútuo consentimiento con cierta fórmula solemne que les propone el sacerdote, y certificádose de éste, les manda darse las manos diestras, y les dice: *Ego vos conjungo in matrimonium etc.* Síguense despues las bendiciones nupciales, que tambien se llaman velaciones (cc), las que recibidas, surte el matrimonio todos sus efectos, así en lo eclesiástico como en lo civil (14) (dd).

(cc) La palabra *velacion* viene del verbo latino *velare*, que significa *cubrir*, porque entre las ceremonias que se prescriven por el ritual eclesiástico para la bendicion nupcial, es una el cubrir la cabeza de la esposa y los hombros del esposo, con una banda ó cinta, como una señal ó símbolo de la union ó vínculo matrimonial. La velacion ó bendicion nupcial no se confiere en todos los tiempos del año, pues se omite ó suspende desde el principio de Adviento hasta la Epifanía, y desde el dia de Ceniza hasta la Octava de Pascua inclusive, porque estas épocas están destinadas por la Iglesia para la penitencia y oracion: Concilio Tridentino sess. 24 *de Reformat matr*. cap. 10. Los indios pueden velarse en cualquier dia del año, por privilegio de la Santidad de Paulo V, concedido á instancia de Cárlos II.

(14) Rit. Rom. *de sacr. matr.*

(dd) Los Fueros y costumbres antiguas de España establecian tres clases de uniones legítimas: 1.ª El matrimonio solemne, en que intervenian las fórmulas de la Iglesia: 2.ª El llamado *á yuras* en que se omitian las solemnidades públicas, verificándose clandestinamente, el cual fué declarado absolutamente nulo por el Concilio de Trento, sess. 24 de Reform. cap. 1, por faltar la asistencia del párroco y de los testigos, quedando los contrayentes inhábiles aun para contraerle legítimamente; y 3.ª la *barragania* ó concubinato que se celebraba por contrato jurado, en que se prome

9—Veamos ahora què personas pueden contraer matrimonio. Para que éste pueda verificarse, se requieren las siguientes condiciones: 1.ª Que los contrayentes hayan llegado á la pubertad, esto es, que el hombre tenga 14 años, y la muger 12. De otra suerte no se tienen por capaces para conseguir el fin del matrimonio, que es la procreacion de la prole y su conveniente educacion (15): 2.ª Que un solo hombre, se case con una sola muger, y una sola muger, con un hombre solo, porque segun dijimos arriba, la poligamía es prohibida por todo derecho: 3.ª Que los hijos de familia, y menores de la edad señalada, no contraigan matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó madres, abuelos ó tutores etc. respectivamente; y si lo contrageren serán espatriados y confiscados sus bienes (16). La 4.ª condicion es, que las personas no sean inhábiles por derecho; pues entre algunas se prohibe el matrimonio como *incestuoso:* entre otras como *irreligioso;* y entre otras, finalmente, como *dañoso* (ee).

tian los otorgantes perpetuidad y fé, y se daba á la muger el nombre de *barragana.*

(15) L. 6. al fin tít. 1. P. 4. Véanse las leyes 1. y 2. tít. 20. Part. 2.

(16) Real decreto de 10 de abril de 1803. L. 18. tít. 2 lib. 10. Nov. Rec.

(ee) Los requisitos indispensables para el valor del matrimonio son: la pubertad, el consentimiento de los contrayentes, la libertad de todo impedimento dirimente, y la asistencia del Cura párroco y de dos ó tres testigos. En cuanto á la *pubertad*, debe tenerse presente, que si el matrimonio se celebra ántes de dicha edad, no se considera sino como desposorio ó esponsales, salvo que los contrayentes se hallen hábiles para juntarse, pues en este caso la aptitud suple la

10—Es prohibido, como incestuoso, el matrimonio entre los parientes cercanos, ya lo sean por consanguinidad ó por afinidad. Para inteligencia de esto es necesario esplicar: 1.º qué sea parentesco de consanguinidad y de afinidad: 2.º de qué modo se cuentan los grados; y 3.º hasta donde llega la prohibicion.

11—Veamos primeramente, qué sea parentesco de consanguinidad y de afinidad. Parentesco de *consanguinidad*, es la union ó conexion natural que hay entre aquellas personas que descienden de una misma raiz ó tronco; v. g., el padre y la hija son consanguíneos, porque descienden de un tronco comun, es decir, del abuelo. El hermano y la hermana son consanguíneos, porque descienden del mismo padre ó madre (17) (ff). Parentesco de afinidad, es

mengua de edad, ó como suele decirse, *malitia supplet ætatem*. El *consentimiento* debe ser manifiesto, espresándose por palabras ó por señas inequívocas, como sucede en los mudos: ley 5 tít. 2 Part. 4. Puede tambien cualquiera sustituir ó dejar á arbitrio de otro, sea pariente ó estraño, el consentimiento, para que éste se case en nombre suyo, confiriéndole poder especial para ello, y no revocándolo el poderdante ántes del momento de la celebracion del matrimonio: ley 1 tít. 1 Part. 4. Del tercer requisito se hablará mas adelante; y respecto del cuarto debe observarse, que en el dia no puede haber, como antiguamente, matrimonio clandestino, por ser nulo el que se celebre sin la asistencia del párroco ó de cualquier otro sacerdote autorizado por el mismo párroco, ó por el Ordinario. Pueden ser testigos, si están dotados de razon, los impúberes, parientes, domésticos, religiosos, mugeres ó infames. REIFFENSTUEL, *Theolog. mor.* tom. 2 tract. XIV q. IV n. 140 y 141.

(17) L. 1. tít. 6. Part. 4.—(ff) Parentesco ó consan-

el vínculo que se contrae por el matrimonio consumado, ó por cópula ilícita, entre el hombre y los parientes de la muger, y entre la muger y los parientes del hombre. Por ejemplo: los padres de mi muger, sus hermanos y hermanas etc., son afines mios; y mis padres, hermanos y hermanas etc., son afines de mi muger; pero mi hermano, y el hermano ó hermana de mi muger, no son afines entre sí (18) (gg).

12—Síguese ahora el modo de computar los grados. *Grado* no es otra cosa, que la distancia que hay de un pariente á otro, proveniente de las mas ó ménos generaciones que median (19). Si se han de contar muchas personas que engendraron ó que fueron engendradas, esta série se llama *línea* (20) (hh).

guinidad es, *atenencia ó aligamiento de personas departidas que descienden de una raiz*. Es, ó meramente *natural*, que resulta de un comercio ilícito; ó meramente *civil*, que proviene de la adopcion; ó *mixto* de natural y civil, que es el que nace de legítimo matrimonio; ó bien *espiritual*, que es el que se contrae por el bautismo y la confirmacion.

(18) L. 5. tít. 6. P. 4.

(gg) La cuñadez ó *afinidad* se define; *alleganza de personas, que viene del ayuntamiento del varon é de la muger.*

(19) Ley 3. del mismo tít. 6.

(20) Ley 2. del mismo tít.

(hh) Línea es, *ayuntamiento ordenado de personas que se tienen unas de otras como cadena, descendiendo de una raiz, é facen entre sí grados departidos*: ley 2 tít. 6. Part. 4. Grado es, *manera de personas departidas que se ayuntan por parentesco, por la cual manera de departimiento se demuestra en cuanto grado sea llegada la una persona de la otra*: ley 3 tít. 7 Part. 6.

Esta, ó es recta ú oblícua, á que tambien llaman transversal ó colateral. Línea *recta* es aquella que solo comprende personas generantes y engendradas. *Oblícua* es aquella que abraza otras personas. Si en la línea recta se cuenta subiendo desde la última persona hasta sus progenitores, se llama de *ascendientes:* v. g., padre, abuelo, bisabuelo etc. Si se cuenta bajando, se llama de *descendientes:* v. g., bisabuelo, abuelo, padre, hijo, nieto, bisnieto etc. La línea oblícua y transversal, ó es igual o desigual: se llama *igual,* cuando por ámbos lados se halla igual número de personas y de grados; y *desigual,* cuando por un lado se encuentra mayor, y por el otro menor número de grados y de personas. Entendidas estas definiciones, se entienden fácilmente tres reglas que se dan para la computacion de grados.

1.ª En la línea recta se cuentan tantos grados, cuantas son las generaciones (21). Si deseo, pues, saber cuantos grados dista Ticio de Cayo su hijo, como no encuentro mas que una generacion, concluyo que no dista mas que un grado.

2.ª En la línea oblícua igual, el derecho civil cuenta ámbos lados, y el derecho canónico uno solamente: es decir, que en la línea colateral igual, cuantos grados dista uno del tronco comun, otros tantos doblados dista de la otra persona con quien sea comparada; porque segun el derecho civil, cada persona hace un grado (22). No así por derecho canónico. La razon de esta diversidad es, porque segun la computacion civil, para saber los grados que hay entre dos personas, se sube al tron-

(21) L. 4. tít. 6. Part. 4.
(22) L. 4. del mismo tít. 6.

co desde la una, y despues se baja hasta la otra. Este es el motivo por qué no hay primer grado en esta línea, que debe necesariamente empezar del segundo, por no poder verificarse subida y bajada de otra manera. Por ejemplo: los hermanos de donde comienza esta línea, distan entre sí dos grados, uno de subida de ellos al padre, que es el tronco comun, y el otro de bajada del mismo padre al otro hermano. Segun la computacion canónica solo se sube; y de ahí es que un hermano solo dista del otro un grado (23).

3.ª En la línea transversal desigual, por derecho canónico cuantos grados dista del tronco comun el mas remoto, tantos distan entre sí, v. g.: Ticio y Berta, hija de su hermano Sempronio, están en segundo grado, porque de Berta á Sempronio se sube un grado, y de Sempronio á su padre, que lo es tambien de Ticio y por lo mismo tronco comun, se sube otro (24) (ii).

13—De este modo se computan fácilmente los grados de consanguinidad. Por lo que toca á los de afinidad se debe observar, que en ella propiamente no hay grados, porque no nace de la generacion, sino del ayuntamiento carnal; pero por analogía, se distinguen y cuentan del mismo modo que en la consanguinidad. La razon es, porque haciéndose como una sola persona del hombre y la muger por el matrimonio y por la cópula carnal, es muy justo que el hombre se haga

(23) Ll. 3. y 4. tít. 6. Part. 4.
(24) L. 3. tít. 6. Part. 4.
(ii) Debe tenerse presente, que la computacion civil se sigue en las sucesiones y la canónica en los matrimonios: Ll. 3 y 4 tít. 6 Part. 4.

pariente de los consanguíneos de la muger, y ésta de los consanguíneos del hombre en el mismo grado que lo son de cada uno: v. g., porque mi muger dista un solo grado de su padre, yo no disto de mi suegro sino uno solo; y en la línea transversal la hermana de mi muger está en primer grado conmigo por derecho canónico, y en segundo por el civil (25).

14—Hasta aquí hemos visto el modo de contar los grados de parentesco: veamos ahora hasta donde se estiende la prohibicion de contraer matrimonio, ya sea con los consanguíneos, ya con los afines. Sobre este punto se establecen las reglas siguientes:

1.ª *En la línea recta, esto es, entre los ascendientes y descendientes, está prohibido el matrimonio sin límites.* Esta regla concuerda con todos los derechos, y se dice en ella que no hay límites en la prohibicion para dar á entender que se estiende á los grados mas remotos (26). La bisabuela, v. g., no puede casarse con su bisnieto, del mismo modo que ni la abuela con su nieto, ni la madre con su hijo. Para mejor inteligencia suele esta regla ilustrarse con aquel célebre ejemplo, de que si Adan no hubiese violado el precepto divino de no comer del árbol vedado, y Eva solamente lo hubiese comido, y sufrido la muerte en pena de su pecado, Adan no hubiera hallado hasta el dia segunda muger, porque respecto de él todos los hombres son descendientes, aunque se

(25) Ley 5. tít. 6. Part. 4.

(26) Levit. cap. 18. v. 7.—Clement. unic. *de consang. et affin.* Conc. Trid. sess. 24. cap. 5 *de reform. matr.* L. 4. tít. 6. P. 4.

hallen en grados remotísimos.

2.ª *Tampoco tiene límites la prohibicion en la línea transversal desigual, cuando hay atingencia del primer grado de la línea recta.* V. g., en un tio con una sobrina en quinto ó sesto grado (27). Segun esta regla, si Abél viviera, no hallara en el dia muger con quien contraer matrimonio, porque todos los hombres nacieron de su hermano Seth y Cain; y así, es como padre de todo el linage humano.

3.ª *En la línea transversal se estiende la prohibicion hasta el cuarto grado inclusive de la computacion canónica* [*], *que es la que se observa en materia de matrimonios* (28).

4.ª *La afinidad que nace del matrimonio consumado, produce un impedimento que se estiende á los mismos grados, y se computa del mismo modo que el de consanguinidad* [*]. Por ejemplo: en la línea recta está prohibido el matrimonio sin límites entre los ascendientes y descendientes; luego tambien lo estará con la que fué muger de un ascendiente ó descendiente. Del mismo modo en la colateral: porque está prohibido el matrimonio en-

(27) L. 4. del mismo tít. 6. al fin.

[*] De esta regla se esceptúan los índios, á quienes el Sr. Paulo III concedió privilegio para que puedan contraer matrimonio dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad, y así en ellos este impedimento solo se estiende hasta el segundo grado. Conc. Lim. 2. ses. 3. cap. 69.

(28) Ll. 3. y 4. tít. 6. Part. 4.

[*] Algunos autores, fundándose en el cap. 8. de *Cons. et affin.*, opinan que ningun impedimento de consanguinidad ni afinidad pasa del cuarto grado. Véase á Gonzalez en el cap. 5. *de Cons. et affin.*

tre los hermanos y hermanas, lo estará tambien entre los hermanos y hermanas de la muger y del marido; y así de los demas grados (29).

5.ª *La afinidad que nace de cópula fornicaria, ó de cualquier modo ilícita, no pasa del segundo grado* (30).

6.ª *El matrimonio rato y no consumado, y los esponsales válidos, producen un impedimento que se llama de pública honestidad, que en aquel se estiende hasta el cuarto grado, y en éstos no pasa del primero* (31).

15—Hay tambien otras dos especies de parentesco, que son el espiritual y el civil. El primero, trae su orígen del derecho canónico, y el segundo del civil. El parentesco *espiritual*, es el que se contrae en los sacramentos del bautismo y de la confirmacion. Es impedimento para el matrimonio entre el bautizante y bautizado, y el padre y madre del bautizado, y tambien entre el padrino y el bautizado y su padre y madre. El mismo impedimento, y en los términos referidos, se contrae en el sacramento de la confirmacion (32). El parentesco *civil* es el que nace de la adopcion; porque como esta imita á la naturaleza, son reputados los hijos adoptivos del mismo modo que los naturales. De esta suerte, así como un padre natural no puede casarse con su hija natural; así tampoco un padre por adopcion con su hija adoptiva (33). Este impedimento es perpetuo entre los que están en lugar

(29) L. 5. del misto tít. 6.
(30) Conc. Trid. sess. 24. cap. 4. *de reform.*
(31) Cap. 8. *de Cons. et affin.* Conc. Trid. sess. 24. cap. 3. *de Reform.*
(32) Ll. 2. y 5. tít. 7. Part. 4.
(33) Ll. 7. y 8. tít. 7. Part. 4.

de padre, por lo que dura aun despues de disuelta la adopcion. No sucede lo mismo entre los hermanos; y así, una hija del padre adoptivo, puede contraer matrimonio con el hijo adoptivo emancipado (34).

16—Hasta aquí hemos tratado de los matrimonios prohibidos, como incestuosos. Como irreligiosos ó contrarios á la santidad de la religion, lo son tambien los que se celebran entre personas de otra religion que la cristiana (35): con los clérigos que han recibido órden sagrado, religiosos o religiosas profesas (36): con los que están ya ligados con otro matrimonio (37): cuando es contraido clandestinamente, ó sin la solemnidad de la presencia del propio párroco y de dos ó tres testigos (38). Finalmente, cuando intervienen los delitos de adulterio ú homicidio en cuatro casos: 1.º Cuando hay adulterio con pacto de futuro matrimonio: 2.º Cuando, aunque no haya adulterio, hay muerte, ó maquinacion de parte de alguno de los contrayentes, con promesa de matrimonio: 3.º Cuando hay adulterio y homicidio, aunque haya ignorancia de una parte; y 4º, cuando uno de los contrayentes celebra segundo matrimonio de mala fé (39).

17—Como dañosos son prohibidos por las leyes los matrimonios en que, con fundamento, se

(34) Dicha L. 7. tít. 7 Part. 4.

(35) L. 15. tít. 2. Part. 4.

(36) L. 16. del mismo tít. 2.

(37) 1. ad. Corint. cap. 7. v. 39. cap. 2. *de secund. nup.* Conc. Trid. sess. 24. *de sacr. matr.* Can. 2. y L. 16. tít. 17. P. 7.

(38) Conc. Trid. sess. 24. *de Reform. matr.* cap. 1. L. 1. tít. 1. lib. 5. Rec. de Cast. L. 5. tít. 2. lib. 10. Nov. Rec.

(39) L. 19. tít. 2. Part. 4.

sospecha que no hay la suficiente libertad para contraer, ó que verificándose, peligra la recta administracion de justicia, ó la de las rentas del fisco ó de los pupilos.

18—En estos principios se funda la prohibicion que tienen los consejeros y oidores para contraer matrimonio con personas que en los tribunales donde ellos residen tienen pleitos pendientes (40), y los vireyes, presidentes, oidores y fiscales de las audiencias, oficiales reales, administradores, tesoreros, protectores de indios, auditores de guerra, gobernadores de las provincias, y los hijos de todos éstos y sus asesores, con cualesquiera personas residentes en sus distritos (41). Se prohibe tambien el matrimonio del tutor, ó su hijo, con la pupila, por temor de que con este pretesto se niegue á dar cuentas de la administracion de la tutela, ó se dificulte el que se le exijan con la exactitud debida (42).

19—Hasta aquí hemos referido los matrimonios que son prohibidos por derecho. A mas de éstos hay otros que, sin necesidad de prohibicion, no pueden subsistir por repugnantes á la recta razon. Esto se verifica cuando hay defecto en el consentimiento, ó en la naturaleza de los contrayentes. Del primer modo es nulo el matrimonio, ya cuando interviene error acerca de la persona con quien

(40) Ll. 25. tít. 4. lib. 2. Rec. de Cast. L. 11. tít. 2. lib 4. Nov. Rec. y 15. tít. 3. lib. 2. R. de Ind.

(41) L. 2. tít. 14. P. 4. Ll. 82. y siguientes, tít. 16. lib. 2, 40. tít. 3. lib. 3. Rec. de Ind. Reales cédulas de 17 de julio y 16 de agosto de 1773. y de 9 de agosto de 1779. Véase la nota que está al fin del tít. 16. lib. 2. de la Rec. de Ind. que estracta una real cédula de 1 de junio de 1676.

(42) L. 6. tít. 17. Part. 7.

se contrae, ó acerca de su condicion servil (43): ya cuando la muger es robada, si no es que despues de estar en lugar seguro consienta libremente (44); y ya, en fin, cuando alguno es obligado á contraer por violencia ó miedo grave (45). Por defecto de naturaleza no pueden contraer matrimonio los impúberes (46), si no es que la malicia supla la edad, y los que sean inhábiles para la cópula, siendo la inhabilidad perpetua (47).

20—Las penas en que incurren los que contraen matrimonio contra las prohibiciones de derecho que hemos referido, son varias. La primera es la nulidad, siempre que el matrimonio es contraido con alguno de los impedimentos que se llaman dirimentes, cuales son todos los que se incluyen bajo los nombres de matrimonio incestuoso, irreligioso, ó repugnante á la razon [*]. De aquí se sigue, que los hijos que nazcan de semejantes nupcias, no son legítimos, ni están en la potestad de sus padres, sino que son espúrios. A

(43) Ll. 10. y 11. tít. 2. Part. 4.
(44) L. 14. tít. 2. Part. 7. Conc. de Trent. sess. 24. *de Reform.* cap. 6.
(45) L. 15. tít. 2. P. 4.
(46) L. 6. tít. 2. P. 4.—(47) Dicha ley 6.

[*] Hay dos clases de impedimentos. Los unos, y son los que hacen nulo al matrimonio, se llaman dirimentes; y los otros, impedientes, porque se oponen á la honestidad y decoro del matrimonio; pero una vez contraido éste, subsiste sin embargo de que haya habido algunos de dichos impedimentos. He aquí enumerados los primeros:

Error, conditio, votum, cognatio, crímen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequivis,
Si Parochi, et duplicis desit præsentia testis,
Raptave sit mulier, nec parti redita tutæ.

mas de esta pena se les impone la que corresponde, segun las leyes, al delito que cometen, como de incesto, rapto, violencia etc. (jj).

21—Los que contraen matrimonios dañosos, aunque no son castigados con la pena de nulidad, tienen la de quedar privados por el mismo hecho de los oficios y empleos que obtenian, y el tutor que casase con su pupila, tiene la pena de adulterio (48) (*).

(jj) Los impedimentos impedientes son cuatro, comprendidos en el verso siguiente:

Sacratum tempus, vetitum, sponsalia, votum
Impediunt fieri, permittunt facta teneri.

Es decir, el tiempo feriado en que no se hacen las velaciones; la prohibicion de la Iglesia, como el casamiento entre católico y herege; los esponsales celebrados con otra persona distinta de aquella con quien se vá á contraer el matrimonio, y el voto simple de castidad.

(48) Ll. 82. y 84. tít. 16. lib. 2. Rec. de Ind. Ley 6. tít. 17. Part. 7.

(*) Despues de haber tratado del matrimonio, no será inoportuno decir algo acerca de su disolucion, ó del divorcio. La ley 1. tít. 10. Part. 4. lo define así: *cosa que departe la muger del marido, é el marido de la muger, por embargo que ha entre ellos, quando es probado en juicio derechamente.* De esta definicion se deducen dos principios: primero, que para que haya divorcio es necesaria la existencia de justa causa; y segundo, que ésta sea declarada en juicio solemne.

El divorcio puede ser de dos maneras: ó en cuanto al vínculo conyugal, ó á la cohabitacion solamente. Lo primero sucede por muerte de uno de los cónyuges, pues el superstite queda en libertad para contraer nuevo matrimonio; y lo segundo, cuando se declara el divorcio por el juez eclesiástico por adulterio, ó sevicia. De otro modo la santidad del sacramento que constituye al matrimodio, no permite su disolucion.—Véase el Elizondo, practica univ. for. tomo 7. cap. 13.

APÉNDICE.

DE LA LEGITIMACION.

SUMARIO.

1 Qué es legitimacion?
2 Modos de hacerse la legitimacion.
3 Quienes son incapaces de ser legitimados por subsiguiente matrimonio.
4 Cómo se legitiman los hijos por rescripto del Principe.
5 Otros modos de legitimacion.
6 Legitimacion por testamento.
7 Por instrumento público.
8 Efectos que produce la legitimacion.
9 Legitimacion de los espósitos.

El segundo modo de adquirir la patria potestad, es la *legitimacion*. Esta es un acto por el cual los hijos ilegítimos, se fingen nacidos de un justo matrimonio (1), y se reducen á la potestad de sus padres, á manera de los legítimos. De la definicion dada se infiere, que el fundamento de la legitimacion rigorosa, es una ficcion, por la cual la ley tiene por nacidos en un justo matrimonio á los que han nacido fuera de él. Se dice en ella, que á manera de los legítimos son reducidos á la patria potestad, para denotar el efecto de la legitimacion. Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no estan en la potestad de su padre, y se reputan como si en realidad no lo estuvieran; porque en derecho solo se tiene por padre aquel que demuestra el matrimonio legítimo. De aquí proviene que los hijos ilegítimos se llaman naturales, porque segun la naturaleza tienen padre; pero no segun derecho.

2—Los modos de hacerse la legitimacion, que están en práctica, son dos. El primero por subsiguiente matrimonio; y el segundo por rescripto del

(1) Arg. de la ley 1. tít. 13, y 1. y siguientes tít. 15. Part. 4.

Príncipe. Por subsiguiente matrimonio, se legitiman solamente los hijos naturales, cuando el padre que los ha tenido en alguna concubina, contrae matrimonio con ella. Se requiere, pues, lo 1.º que la madre sea una muger honesta, no una ramera: 2.º que tanto el padre como la madre sean hábiles para contraer matrimonio sin dispensa; y 3.º que lo verifiquen conforme á derecho. Puestas estas tres condiciones, resulta una legitimacion tan completa, que se equipara á la legitimidad. (2).

8—De lo dicho se infiere, que son incapaces de esta especie de legitimacion: 1.º los hijos espúrios, esto es, los que han nacido de ramera ó de una muger pública, que hace ganancia con su cuerpo: 2.º que lo son asimismo los adulterinos ó nacidos de adulterio; 3.º los incestuosos, habidos entre personas que por el parentesco de consanguinidad, ó afinidad que tienen entre sí, no pueden contraer matrimonio; y finalmente, los sacrílegos habidos por clérigos ordenados de órden sagrado, ó por religiosos profesos. La razon es, porque la legitimacion se hace fingiendo el derecho que los hijos que se legitiman, fueron nacidos de matrimonio, retrotrayendo el que contraen los padres, al momento en que tuvieron los hijos; y como toda ficcion supone tèrminos hábiles, de ahí es, que no pudiendo fingirse matrimonio con una ramera, al tiempo mismo que se entrega á todos, ni entre el adúltero y adúltera, ni entre los demas, que hemos esceptuado; tampoco puede retrotraerse el que contraigan actualmente al tiempo del comercio ilícito; y por consiguiente, que semejantes hijos no pueden ser

(2) Ll. 9. y 10. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Ll. 1. tít. 5. y 7. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec. Cap. 6. *Qui filii sint legit.*

legitimados por subsiguiente matrimonio, aun cuando sus padres lo llegasen á verificar (kk).

4—El otro modo de legitimar, es por rescripto del Príncipe. Este se consigue presentando el padre un memorial de súplica ante la suprema potestad, pidiendo que su hijo ó hija, habidos fuera de matrimonio, se legitimen (3). Concediendo el Príncipe la gracia, se tiene el hijo por legitimado [*]. Esta es-

(kk) Diferénciase la *legitimacion* de la *dispensacion*, en que ésta es solamente para casos y cosas determinadas; pero aquella, siendo plenísima, sirve para todo, porque deroga y quita en la raiz el impedimento que priva de obtener y gozar las preeminencias concedidas á los hijos legítimos. Tampoco debe confundirse la legitimacion con el reconocimiento de los hijos; pues que la primera los eleva á la condicion de legítimos, al paso que el *reconocimiento* solo obliga al padre á darles alimentos y á cumplir las obligaciones que se deben á los hijos naturales.

(3) Ley 4. tít. 15 Part. 4.

(*) Estas legitimaciones regularmente no se conceden *gratis*, sino que, segun el motivo por qué se solicita la gracia, está señalada la cantidad con que deben servir los pretendientes. Así está dispuesto en la real cédula de 21 de diciembre de 1800, en que se aprueban diversos arbitrios propuestos por el Consejo, para la estincion de vales reales y pago de intereses. En ella, pues, al art. 17, se dice así: «La legitimacion á « hijo é hija que le hubieren sus padres siendo solte« ros, para heredar y gozar, sirva con doscientos duca« dos de vellon cada hijo ó hija; pero si la legitima« cion es solo para ejercer oficios de república indis« tamente, sirvan con ciento y cincuenta ducados. Y « si es para oficio determinado como abogado, escri« bano, procurador, ú otro de esta clase, queda la re« gulacion del servicio al juicio del referido superinten« dente, segun las circunstancias del pretendiente y ofi-

pecie de legitimacion, se suele conceder no solo á los naturales sino tambien á los espurios, adulterinos, incestuosos y demas; ya verifiquen sus padres el matrimonio con dispensa, ya sean del todo incapaces de contraerlo; pero por lo regular no tiene otro objeto que limpiar, de alguna manera, la mancha del orígen criminoso y habilitar á los hijos, ó para heredar á sus padres, que no los tienen legítimos, ó para gozar de su nobleza, ó para obtener cargos y empleos de que están escluidos los ilegítimos (4). Asimismo, solo produce habilitacion para el objeto á que se dirige la súplica, y no se estiende á mas de lo que espresa el rescripto (II).

« cio que solicite, no bajando el servicio, en todo caso, « de cuarenta ducados.» Y el art. 23, hablando de otras legitimaciones, en que hay alguna mas dificultad, dice así: «Las legitimaciones estraordinarias para he- « redar y gozar de la nobleza de sus padres, á hijos de « caballeros profesos de las órdenes, de clérigos y de « casados, sirvan con mil ducados de vellon, siendo la le- « gitimacion para solo heredar y obtener oficios; pero « comprendiendo la circunstancia de gozar de la noble- « za de sus padres, con treinta mil reales; entendiéndo- « se en uno y otro caso, por cada hijo ó hija que lo so- « licite.» De estos dos artículos inferimos tres cosas: La primera, que el servicio pecuniario, que siempre debe intervenir, está regulado con consideracion al impedimento que se dispensa, y al fin para que se solicita; la segunda, que estas gracias siempre se contraen al oficio que se solicita, y que no se estienden á mas de lo que se espresa; y la tercera, que cada hijo ó hija necesita de ser habilitado separadamente, porque una sola legitimacion no vale para todos los hijos de un mismo padre.

(4) Real cédula de 21. de diciembre de 1800.

(II) No obstante esto, no podrán ser clérigos, ni obtener dignidad eclesiástica, en virtud de esta legitimacion,

5—Fuera de los modos referidos, se encuentran otros en las leyes de Partida, que aunque no se practican, es conveniente referir. El primero, es el que las leyes romanas llamaban *por ofrecimiento á la curia* (mm). Este no es otra cosa, segun dice la ley de Partida, que llevar el padre á su hijo natural á la corte del Rey, ó al Concejo de la ciudad; y entregándolo de su propia voluntad para su servicio, decir públicamente que es su hijo, habido de tal muger soltera, nombrándola; por cuyo acto dice quedar legitimado, si el hijo se conviene y acepta la entrega de su padre (5). Asimismo, se tienen por legitimados los hijos que se ofrecen espontáneamente á servir al Emperador, Rey, ciudad ó villa, diciendo de quien son hijos, en cuyo caso les concede la ley que hereden á sus padres abintestato, si no tienen éstos otros hijos; pues si los tienen legítimos, no se legitiman por este acto (6).

6—Otro modo de legitimar los hijos naturales, segun la ley de Partida, es por testamento, en que el padre, que no los tiene legítimos, diga que quiere que Ticio y Cayo, sus hijos naturales, procreados en tal muger, de estado soltera, sean sus he-

porque los Príncipes seculares no tienen jurisdiccion ni potestad para dispensar en las cosas eclesiásticas: Ley 4. tít. 15. Part. 4. Pero la ley 2. tít. 4. lib. 4. Nov. Rec., faculta á la Cámara, para que sin consulta pueda habilitar á hijos de clérigos y bastardos, para tener oficios y gozar honras, y á los mismos clérigos para dar alimentos á sus hijos.

(mm) La legitimacion *por oblacion á la curia*, no está en uso, como ya se ha indicado, y ademas es incompatible con el actual gobierno municipal de los pueblos.

(5) Ley 5. tít. 15. Part. 4.

(6) Ley 8. tít. 15. Part. 4.

rederos legítimos. En cuyo caso, si despues de la muerte del padre tomaren los hijos este testamento, y lo presentaren al Rey, pidiéndole se digne confirmar la legitimacion, lo debe hacer así, y serán habidos por legítimos, no solo para heredar los bienes de su padre, sino tambien para todo lo demas (7).

7—Igualmente se concede legitimar á los hijos por instrumento público, firmado por tres testigos, en que el padre diga que alguno ó algunos son hijos suyos, y que los reconoce por tales; mas para que valga esta legitimacion, no ha de espresar que son hijos naturales; de donde se infiere, que está fundada en presuncion de matrimonio, y que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que verdadera legitimacion (8) (nn).

8—Los efectos que produce la legitimacion, cuando es completa, son: 1º Reducir los hijos naturales á la potestad de sus padres, con todas las facultades que el derecho concede sobre los legítimos: 2º Dar derecho á los hijos para suceder en los bienes de sus padres; pero en este punto se debe hacer distincion entre la legitimacion que se hace por subsiguiente matrimonio, y la que se concede por rescripto del Príncipe. En el primer caso suceden indistintamente á sus padres, de la

(7) Ley 6. tít. 15. Part. 4.

(8) Ley 7. del mismo título 15, y glosa 7.

(nn) Si el padre procreare varios hijos en una manceba, y reconociere solamente á uno de ellos por su hijo, quedarán legitimados por este reconocimiento los demas: ley 7 tít. 15 P. 4, y allí Gregorio Lopez; y segun la ley 8 siguiente, tambien quedará legitimada la hija natural, por el mero hecho de casarse con el que ejerce empleo honorífico de los principales de alguna ciudad ó villa.

misma manera que los legítimos (9). En el segundo caso, aunque el hijo sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, si despues, éstos tuvieren algun hijo ú otro descendiente legítimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio, entónces el legitimado por rescripto no puede suceder con ellos ab intestato, ni extestamento, y solo habrá lo que sus padres le quisieren mandar del quinto de sus bienes, en que tienen libre disposicion; pero sí heredarán á los otros parientes y tendrán las honras y preeminencias que corresponden á los hijos legítimos, y todo lo demas que en el rescripto se les concede espresamente (10).

9—Por conclusion de este apéndice, es digno de advertir: que por una real cédula mandada insertar en los cuerpos de las leyes de España é Indias, está declarado: que todos los espósitos de ámbos sexos, así los que hayan sido espuestos en las casas de caridad, como los que lo fueren en otro parage y no tengan padres conocidos, son legitimados por el Rey, y deben ser tenidos por legítimos, para todos los efectos civiles generalmente, sin escepcion (11) (oo).

(9) Ley 10. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Ley 7. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(10) Dicha ley 10 del mismo título.

(11) Real cédula de 20 de enero de 1794. Ley 4. tít. 37. lib. 7. Nov. Recop. que es la 12 de Toro.

Estiéndese este privilegio para que no se imponga á los espósitos la pena de vergüenza pública, ni la de azotes, ni la de horca; sino aquellas que en iguales casos se impondrían á personas privilegiadas.

(oo) Esta facultad que tenia el Príncipe, de legitimar por rescriptos, es entre nosotros peculiar del poder lejislativo, por medio de decretos.

TÍTULO XI.

DE LA ADOPCION.

SUMARIO.

1 De la adopcion, tercer modo de adquirir la patria potestad, aunque desacostumbrado entre nosotros.
2 Acepciones de la adopcion, y definicion de esta palabra.
3 Axioma sobre esta materia.
4 Quienes no pueden adoptar.
5 Division de la adopcion en general.
6 Qué es arrogacion?
7 Efectos de la arrogacion.
8 De la adopcion propiamente dicha.
9 En qué casos produce la adopcion, el efecto de reducir al adoptado á la potestad del adoptante.
10, 11, 12. Otra especie de adopcion, respecto de los espósitos.
13 Deberes del adoptado, respecto del adoptante
14 Quiénes son capaces de esta adopcion.

El tercer modo de adquirir la patria potestad, es la *adopcion*. Esta, aunque entre los romanos era muy frecuente, entre nosotros es del todo desacostumbrada. No obstante, estando vigentes las leyes en que se funda, es necesario dar una idea de su esencia, y de la forma en que se practicaba.

2—La adopcion se puede tomar ó lata, ó estrictamente. Cuando se toma del primer modo, abraza en sí dos especies, que son la *arrogacion* y la *adopcion* en especie; y cuando del segundo, se opone á la arrogacion. Tomada latamente y en general, se define la adopcion: *un acto solemne por el cual se recibe en lugar de hijo, al que no lo es por naturaleza* (1). Se llama *acto solemne*, porque debe hacerse ó en presencia del Rey, ó ánte el juez de cualquier lugar: se dice que *por él se recibe en*

(1) Ley 7 tít. 7. y ley 1 tít. 16 Part. 4. *Porfijamiento es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otros, magüer non lo sean naturalmente.*

lugar de hijo al que por naturaleza no lo es, para denotar el fin de la adopcion, que es dar hijos al que no los tiene; y así, por ejemplo, Moisés por la naturaleza no era hijo de la hija de Faraon; pero verificada la adopcion, comenzó á serlo.

3—De esta definicion se deduce un axioma, que tiene lugar en todo el título. *La adopcion imita á la naturaleza*. El sentido es, que todo aquel que por la naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por la adopcion. El hijo por la naturaleza no puede ser de mayor edad que su padre; luego ni por la adopcion puede uno, que es de mas edad que otro, hacerse su hijo.

4—De lo dicho se infiere claramente, que no pueden adoptar: 1º Los castrados ó eunucos, sino es que su inhabilidad provenga no de la naturaleza, sino de la malicia de los hombres ó de enfermedad, ó de caso fortuito (2): 2º Los impúberes, o que no hayan llegado á la edad de 14 años (3): 3º Las mugeres, porque no son capaces de la patria potestad que se consigue por la adopcion; pero por privilegio se suele conceder el que adopten, habiendo perdido algun hijo en el servicio del Rey (4). Ultimamente, el que no esceda 18 años al que quiera adoptar (5).

5—Hasta aquí hemos tratado de la adopcion en general. En este sentido se divide en arrogacion, y en adopcion estrictamente tomada. Estas dos especies se diferencian en dos maneras. En el sujeto, porque el de la arrogacion es el hombre

(2) Ley 3. tít. 16. Part. 4.
(3) Ley 2 del mismo título.
(4) Dicha ley 2. tít. 16. Part. 4.
(5) La misma ley 2.

libre de toda potestad, y el de la adopcion es el hijo de familias sujeto á la potestad de su padre. En la forma ó modo, porque la arrogacion se hace por rescripto del Príncipe, y la adopcion con autoridad del juez, el cual estando presente, si el padre natural declara que dá á su hijo en adopcion á otro, y el adoptante dice que lo recibe por hijo, está concluido el negocio (6).

6—Segun estos principios, la arrogacion se define: *un acto por el cual un hombre que goze de la libre disposicion de su persona, se reducl á la patria potestad de otro, por autoridad de sumo Imperante* (7). De la naturaleza de la arrogacion que hemos esplicado, venimos en conocimiento que por ella se padece la mínima diminucion de cabeza, haciéndose el arrogado hijo de familia, y perdiendo los derechos de hombre libre de toda potestad; y como á ninguno se puede privar de sus derechos contra su voluntad, se infiere: lo 1º que es necesario el consentimiento del arrogado: 2º que prestado éste, pasa con todos sus bienes a la potestad y dominio del arrogante; y 3º que el infante no puede ser arrogado, porque no es capaz de consentir (8). Y aunque casi lo mismo se verifica en todos los que no han llegado á la pubertad, no obstante se permite el que puedan ser arrogados con las siguientes condiciones: 1.ª Conocimiento de causa, y que de ésta resulte ser útil al pupilo la arrogacion; es decir, que debe preceder investigacion de las cualidades y circunstancias del arrogante, y del provecho que

(6) Ley 7. tít. 7. Part. 4.
(7) Dicha ley 7. tít. 7. Part. 4.
(8) Ley 4. tít. 16. Part. 4.

se seguirá al arrogado: 2.ª que se obligue el arrogante á restituir los bienes del mozo á sus legítimos herederos, si muere ántes de llegar á los 14 años; y 3ª que se haga la arrogacion con otorgamiento del Rey (9).

7—El efecto que produce la arrogacion, es reducir al arrogado á la patria potestad del arrogante, y no teniendo éste hijos legítimos, darle derecho á la herencia, en los mismos términos que lo tienen aquellos. Y si el arrogante emancipase sin justa causa ó exheredase al hijo arrogado, está obligado á devolverle todos los bienes con que entró en su poder, y todo lo que haya adquirido de nuevo, ménos el usufructo que percibió por la administracion de dichos bienes; y además debe darle la cuarta parte de cuanto hubiere de suyo (10) (pp).

8—Pasemos ya á la adopcion propiamente dicha; ésta se define: *un acto por el cual se reciben por hijos, con autoridad judicial, aquellos que están en la potestad de sus padres naturales* (11). Segun esta definicion pueden ser adoptados cualesquiera hijos que estén en poder de sus padres, consintiéndolo éstos. Para que sea válida, es suficiente que tanto el padre natural como el adoptivo, se presenten á cualquier juez, y digan que el uno quiere dar, y el otro recibir en adopcion á aquel niño, y que se les dé el documento que cor-

(9) Ley 6. tít. 16. Part. 4.

(10) Leyes 7 y 8 del mismo título y Partida.

(pp) Esto último debe entenderse en el caso de que el arrogador no tuviere hijos ni descendientes legítimos, pues que existiendo éstos, solo podrán obtener la quinta parte, como se manifestará oportunamente.

(11) Leyes 7. tít. 7, 9. y 10. tít. 16. Part. 4.

responde para constancia de aquel acto (12).

9— Para conocer cuando esta especie de adopcion, produce el efecto de reducir al adoptado á la potestad del adoptante, es menester distinguir dos casos, que se hallan espresos en derecho. El primero es, cuando la adopcion es hecha por alguno de los ascendientes del mozo: v. g., por el abuelo paterno ó materno; y el segundo, cuando es hecha por algun estraño. En el primer caso, esto es, cuando alguno de los ascendientes adopta, adquiere patria potestad en el adoptado, por lo que semejante adopcion se llama comunmente *plena* y *perfecta*. En el segundo, cuando un estraño, ó aunque sea pariente, no siendo de los ascendientes, recibe á otro en adopcion, no se transfiere á él la patria potestad, sino que permanece en su padre natural, y el adoptado en este caso, mas es alumno que hijo; por lo que esta adopcion se llama *imperfecta* y *menos plena* (13). Se podria juzgar que esta adopcion imperfecta no produce efecto, supuesto que por ella no se adquiere patria potestad; pero en realidad no deja de producir alguno. El adoptivo, aunque no entre á la potestad del adoptante, tiene derecho á sucederle ab intestato, no teniendo hijos legítimos (14); pero si hiciere testamento no hay inconveniente en que instituya por heredero á quien quisiere, por no ser el adoptado de que hablamos, heredero forzoso en testamento.

10—Esto es lo principal que hay que decir so-

(12) Ley 91. tít. 18. Part. 3.

(13) Leyes 9. y 10. tít. 16. Part. 4.

(14) Leyes 5. tít. 6. lib. 3, 1. y 5. tít. 22. lib. 4. del Fuero Real, y 1. y 10. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Leyes 1. y 7. tít. 20. lib. 10. Nov. Recop.

bre la adopcion que se usaba antiguamente, y que á fuerza de querer imitar servilmente á la naturaleza, dejó de producir todas las ventajas que de otra suerte se podian esperar de ella. En su lugar se ha ido introduciendo con autoridad de las leyes, otra especie de adopcion mas útil á la humanidad, y mas digna de la despreocupacion que es consiguiente á la ilustracion del siglo.

11—Tal es la que se verifica en los espósitos, que son aquellos niños ó niñas que han sido echados por sus padres ó por otras personas, á las puertas de las iglesias, de las casas y otros parajes públicos, ó por no tener con qué criarlos, ó por ocultar de quien son hijos. La situacion tan miserable en que se hallaban semejantes niños, aun en las ciudades en que habia casas de caridad, ó inclusas para cuidar de ellos, y los muchachos que morian de necesidad, movió el paternal corazon de uno de nuestros monarcas, para que tomase las providencias mas oportunas y eficaces á favor de los espósitos, cuidando de sus vidas y de su decente y honesto destino, para que fuesen útiles en lo sucesivo (15).

12—Estos pueden ser adoptados ó prohijados por cualquiera persona, con tal que sea decente y honesta, y de quien se pueda esperar lo que se desea, y es que se les dé buena educacion y destino. No es, pues, impedimento, el que el adoptante no sea capaz de engendrar, ni se pone reparo en que sea hombre ó muger, casado ó soltero; y como en ella no se tiene mas objeto que el bien de la humanidad, no se exigen solemnidades algunas. Basta pa-

(15) Reales cédulas de 11 de diciembre de 1796, y de 6 de marzo de 1790.

ra hacerla que el vecino, á cuyas puertas fuere espuesta alguna criatura, la manifieste al párroco de donde sea feligrés; espresando que quiere quedarse con ella para criarla por caridad, y el mismo párroco debe darle la licencia por escrito, siendo el tal vecino, persona de buenas costumbres y de familia honesta, y teniendo algunas facultades por las cuales se haga juicio que el espósito será bien educado (16). Si el espósito que se quiere adoptar fuere sacado de algunas de las casas de caridad, la licencia deberá ser dada por el rector ó administrador de ella (17).

13—Aunque en los adoptados de esta manera, no tienen los que los han criado patria potestad, ni derecho para exigir de ellos cosa alguna (18), no obstante, conforme á nuestras leyes, debe el que recibió tan gran beneficio, honrar y reverenciar de todas maneras al que lo crió, lo mismo que si fuese su padre natural; y se le prohibe con pena de muerte acusarlo, ó hacer cosa por la cual le resulte daño grave en su vida ó en sus bienes, si no es que fuese por el bien del Rey ó de la república (19).

14—Finalmente; de esta especie de adopcion son capaces no solo los infantes ó recien-nacidos, sino tambien los mayores de la infancia, siempre que estén en edad de ser educados, y carezcan de los auxilios que son necesarios para lograr la conveniente educacion (20).

(16) Dicha real cédula de 11. de diciembre de 1796, artículos 12, 17 y 19.

(17) Real cédula de 2 de junio de 1788.

(18) Leyes 3. tít. 20. Partida 4, 35. y 37. tít. 12. y 35. tít. 14. Part. 5.——(19) Ley 3. tít. 20. Part. 4.

(20) Real cédula de 11 de diciembre de 1796.

TÍTULO XII.

DE LOS MODOS POR QUE SE DISUELVE LA PATRIA POTESTAD.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 Muerte natural, primer modo de acabarse la patria potestad.
3 Muerte civil, segundo modo de idem.
4 Otra especie de muerte civil.
5 Dignidad del hijo, tercer modo de acabarse la patria potestad.
6 De la emáncipacion, cuarto modo de idem.
7 El menor de siete años sólo puede ser emancipado por rescripto del Soberano.
8 El quinto modo de disolverse la patria potestad, es el matrimonio contraido por el hijo con todas sus solemnidades.
9 Casos en que los padres pierden la patria potestad.
10 Casos en que son obligados á emancipar á sus hijos.

Despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, parece muy conveniente que se trate de los modos por qué se acaba ó disuelve.

2—El 1º es la muerte natural, porque esta es la disolucion de todos los vínculos que tenia el hombre en este mundo, y despues de ella nada le queda propio (1).

3—El 2º es la muerte civil, que en derecho está equiparada á la natural. Esta, segun el derecho novísimo, solo se padece cuando alguno es desterrado perpétuamente del reino, y le son confiscados todos sus bienes (2); pero no cuando es condenado á servir en los arsenales ó en otras obras públicas, por estar mandado que no puedan los tribunales destinar á reclusion perpétua, ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno (3). Por esta razon, así éstos, como to-

(1) L. 1. tít. 18. Part. 4.
(2) L. 2. tít. 18. Part. 4.
(3) L. 13. tít. 24. lib. 8. Rec. de Cast. Ley 7. tít. 40. lib. 12. Nov. Rec.

dos los desterrados por tiempo cierto, no pierden la patria potestad, pudiendo á su vuelta recobrarla en los términos que la tenian ántes [*].

4—Otra especie de muerte civil, es el estado religioso, por el cual los que lo profesan dejan todas las cosas del mundo, y se tienen por muertos en él (4). Segun esto, no se puede dudar, que aquel que hiciere profesion en alguna religion aprobada, sale por el mismo hecho de la potestad de su padre, y queda del todo sujeto á los superiores de su órden, á quienes promete obediencia.

5—El 3.r modo de disolverse la patria potestad, es por dignidad á que sea promovido el hijo. De éstas se enumeran doce en las leyes de Partida, tomadas del derecho romano, las que (á escepcion de las de obispo, tesorero y consejero) no se conocen en el dia; pero de las que se mencionan, se infiere que saldrán de la potestad de sus padres todos aquellos á quienes el Rey promoviere á algun oficio que tenga anexá jurisdiccion, ó recaudacion de sus rentas; porque habilitándolos para estos cargos,

[*] Entre los romanos y por derecho de las Partidas, se distinguia servidumbre de pena, deportacion y relegacion. Por la primer pena se padecia lo que llamaban *capitis diminutio maxima*, y por la segunda la *media*. La servidumbre de pena, se padecia cuando alguno era condenado perpétuamente á trabajar en las minas ó en las galeras del Rey. La deportacion, cuando era espelido para siempre del reino con confiscacion de todos sus bienes; y la relegacion, cuando era desterrado por tiempo cierto. Estas dos últimas penas están en uso; pero no la servidumbre de pena, ni la condenacion perpetua á trabajos públicos. Véase el tít. 16 de este libro, en donde se tratará esta materia de propósito.

(4) Ll. 1. y 8. tít. 7. Part. 1.

de 18 años cumplidos, porque hasta entónces no puede administrar sus bienes, ni los de su muger (10).

9—6.º Finalmente, pierden los padres la patria potestad y todos los derechos que tenian en sus hijos, por el hecho de esponerlos, sin que se les conceda accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar, aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crianza; si no es que puedan probar que el motivo de la esposicion del hijo, fué una necesidad estrema (11). La pierden tambien por el mismo hecho, contrayendo matrimonio con parienta dentro del cuarto grado, ó con muger religiosa profesa (12).

10—Aunque por lo comun no puede ser obligado el padre á emancipar al hijo, porque la patria potestad, á manera del dominio, no se pierde sino por la enagenacion ó abdicacion voluntaria; no obstante, esta regla padece algunas escepciones: 1.ª Si el padre castiga al hijo cruelmente, sin aquella piedad y amor que es natural: 2.ª Cuando obligase á sus hijas á prostituirse: 3.ª Cuando admite algun legado que se le dejó con la condicion de emancipar al hijo; y 4.ª cuando consume y malgasta los bienes de su entenado, que hubiese adoptado con aquella especie de adopcion que se llama arrogacion (13).

(10) L. 14. tít. 1. lib. 5. Rec. de Cast. L. 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

(11) Real cédula de 11. de diciembre de 1796. art. 25 y 26. L. 5. tít. 37. lib. 7. Nov. Rec. §§ 25 y 26.

(12) L. 6. tít. 18. Part. 4.

(13) L. 18. tít. 18. Part. 4.

TÍTULO XIII.

DE LA TUTELA EN GENERAL.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 Origen de la tutela.
3 Qué es tutela?
4 Los hijos de familia pueden ser tutores, y no así los siervos ni las mugeres.
5 En qué casos se impide ó suspende á los tutores la administracion.
6 Conclusiones sobre esta materia.
7 La tutela puede ser testamentaria, legítima y dativa.
8 Cuál es el fundamento de esta division.

SEGUN la division que dejamos hecha arriba, los hombres que no están sujetos á potestad domínica ni patria, pueden estar en tutela ó curatela, ó gozar del todo de la libre disposicion de su persona y de sus bienes. Síguese, pues, tratar en este título y los siguientes, de la tutela y sus especies.

2—No se puede dudar que la tutela trae su orígen del derecho natural y de gentes, si consideramos que es de la mayor importancia para toda la sociedad humana, que sean gobernados y defendidos por otro, aquellos que por sí mismos no son capaces de dirigir sus acciones ni de defenderse. Los griegos, los romanos, y todas las naciones, guiados solamente de la recta razon, cuidaron siempre de dar tutores á todos aquellos que necesitaban de direccion y defensa. Conforme á estos principios, nuestro derecho desde sus leyes mas antiguas (1), estableció: que se den tutores á los impúberes, ó pupilos, que no han llegado á la edad de 14 años, y curadores á los menores de 25. Porque siendo por lo comun hasta esta edad el juicio de los hombres tan escaso y sus pasiones tan violentas, era muy

(1) Véase el tít. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo, tít. 7. lib. 3. del Fuero Real y tít. 16. Part. 6.

fácil que fuesen engañados, que se precipitasen en los vicios, y que malgastasen y perdiesen sus bienes.

3—Por *tutela* entendemos, la *fuerza y autoridad que concede el derecho sobre los mozos libres de toda potestad, para educarlos en lugar de sus padres y administrarles sus bienes, miéntras que ellos son capaces de hacerlo* (2). De la definicion dada, nace este axioma: *la tutela es un cargo público.* No se debe entender por esto, que la tutela sea un oficio público ó concejil; pues el tutor ni administra alguna parte de la república, ni goza honor ó dignidad, ni se constituye persona pública, sino que permanece persona privada. Pero decimos que la tutela es un cargo público, porque es una ocupacion ó carga que están obligados á desempeñar todos los ciudadanos, por autoridad y mandato público. Imponiéndose, pues, á los tutores esta carga por las leyes y por los magistrados, y debiendo aceptarla siempre que no tengan una escusa legítima, con razon se llama cargo público.

4—Del axioma establecido se deducen dos conclusiones: 1.ª Qué los hijos de familia pueden ser nombrados tutores (3). La razon es, porque en los cargos públicos, cual es la tutela, se tienen por padres de familia: 2.ª Que ni los siervos, ni las mugeres pueden ser tutores (4). No los siervos, porque no siendo ciudadanos, no son capaces de ejercer un cargo para el cual es necesario ser persona, ó tener cabeza en la república. No las muge-

(2) L. 1. tít. 16. Part. 6. *Guarda que es dada al huérfano libre, menor de catorce años, é á la huérfana menor de doce, que non se puede nin sabe amparar.*
(3) Arg. de la ley 4. tít. 16. Part. 6.
(4) Ll. 4. y 7. tít. 16. Part. 6.

res, porque así por el decoro de su sexo, como por la debilidad de su juicio, les están prohibidos los cargos públicos. Pero esta regla admite una escepcion; porque nuestro derecho establece, que no solamente sean admitidas á la tutela la madre y la abuela, sino que sean preferidas á todos los demas parientes (5). La razon que ha motivado esta escepcion, es el singular amor que suelen tener á sus hijos y nietos la madre y la abuela, el que las pone á cubierto de toda sospecha de mala administracion, por lo ménos con dolo. Pero aun estas mugeres no deben ser tutorás, sino es que renuncien las segundas nupcias, y el privilegio concedido á todas las de su sexo, de no quedar obligadas á otro por fianzas (6).

5—Hemos visto ya quienes pueden ser tutores: síguese ahora investigar en qué casos se les impide, ó se les suspende la administracion. Esto lo debemos juzgar por el fin de la tutela, que es el de que el tutor eduque al pupilo, y administre sus bienes miéntras se hace capaz de verificarlo por sí. De aquí se infiere, que todos aquellos que no son capaces de desempeñar estos cargos, no pueden ser tutores. Tales son: 1.º Los menores de 25 años, porque estando ellos bajo de curatela, no se juzgan hábiles para cuidar de otros (7): 2.º Los furiosos y mentecatos, que por carecer de juicio, son incapaces de toda administracion (8): 3.º Los sordos y mudos, porque estos dos impedimentos, cuando se juntan en un mismo sujeto, producen el mismo efecto que la insensatez (9). Pero aunque todo es-

(5) L. 4. tít. 16. P. 6.
(6) L. 5. del mismo tít. 16.
(7) L. 4. tít. 16. P. 6.—(8) Dicha ley 4.—(9) Idem.

to es verdad, no obstante, se debe hacer distincion entre tutela testamentaria, legítima y dativa. Si los tutores dados en testamento son menores de edad ó furiosos, ó sordos ó mudos, por ninguno de estos impedimentos se anula el nombramiento, sino que se les suspende el ejercicio, esto es, permanecen tutores, pero no se les concede la administracion de la tutela. En este caso, pues, se les nombra curador, el cual ejerce el cargo miéntras que los nombrados llegan á la mayor edad, ó recobran el juicio, ó la facultad de oír ó de hablar (10). Pero si el tutor legítimo ó dativo es menor, ó furioso, ó sordo y mudo, no vale su nombramiento; y si despues de haber comenzado á ejercer el cargo contrae alguno de los mencionados impedimentos, al instante se acaba la tutela, y se nombra otro tutor al pupilo.

6—Segun la definicion de la tutela, se deben dar tutores á los mozos libres que necesitan de educacion, y que son incapaces de administrar sus bienes. De aquí, pues, nacen tres conclusiones: 1.ª El tutor se dá primariamente para la persona, no para las cosas (11); y en esto se diferencia del curador, que principalmente se dá para los bienes, y no para la persona. No obstante, secundariamente pertenece al tutor la administracion de los bienes del pupilo: 2.ª Al que tiene padre no se le dá tutor (12). La razon es, porque miéntras vive el padre, el hijo tiene quien lo eduque y guarde; támbien porque en todo ese tiempo el hijo está en su potestad, y así no es del todo libre: 3.ª Al siervo no se dà tutor (13). Esta conclusion tiene una razon semejante. El sier-

(10) Arg. de las leyes 7. y 8. tít. 16. Part. 6.
(11) L. 1. tit. 16. Part. 6.
(12) Dicha ley 1 al principio.——(13) La misma ley.

vo está en la potestad domínica, y así no es pupilo libre; luego no puede tener tutor.

7—La tutela, segun hemos insinuado ya, es de tres maneras: *testamentaria*, cuando el padre dá tutor á sus hijos en su testamento: *legítima*, cuando reciben la tutela aquellas personas que son llamadas por la ley, cuales son los consanguíneos mas cercanos del pupilo; y *dativa*, cuando el juez nombra el tutor, à falta de unos y otros (14). De aquí se infiere, que los testamentarios son llamados á la tutela por el testador, los legítimos por la ley, y los dativos por el magistrado. Entre estas especies de tutela se guarda este órden. En primer lugar entran los tutores testamentarios, de suerte que habiéndolos, no se admiten los legítimos, y por falta de una y otra tutela, el juez nombra tutor.

8—El fundamento de esta division està tomado de la semejanza que hay en derecho entre la tutela y la herencia; porque así como el heredero instituido en testamento escluye á todos los demas, así el tutor testamentario. Así como cuando no hay heredero, suceden los herederos legítimos, de la misma manera faltando el tutor testamentario, son llamados los legítimos. Finalmente; así como cuando no hay heredero alguno ni testamentario, ni legítimo, sucede el fisco, así en falta de las otras dos especies de tutores, nombra el juez. Este es el fundamento en que estriba esta division, y de cada una de estas especies de tutela se tratará en título separado (ss).

(14) L. 2. tít. 16. Part. 6.

(ss) Acerca dè este principio debe tenerse presente, que mas bien hay rasgos de semejanza que una exacta semejanza, entre la tutela y herencia. He aquí las prin-

TÍTULO XIV.

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

SUMARIO.

1 Fundamento de la tútela testamentaria.
2 Quiénes pueden ser dados tutores en testamento.
3 El testador puede nombrarlos puramente, ó bajo de condicion etc.
4 De la confirmacion de los tutores.
5 Puede hacerse la confirmacion, ó sin inquisicion ó con ella.

La primera especie de tutela es la testamentaria, que es la que dá el padre en su testamento á los hijos que están en su potestad (1). El fundamento, pues, de esta tutela no es otro que la patria potestad. De aquí se infiere, que solo aquel que tiene á sus hijos en su potestad, puede darles tutor. De este principio se deduce fácilmente la razon, 1.ª por qué la madre, la abuela y otras personas estrañas no pueden dar tutor en su testamento; y es, porque solo el padre tiene á los hijos en su potestad, y no la madre, ni la abuela y mucho ménos otras personas estrañas. Asimismo, 2.ª por qué aun el padre carece de esta facultad para con los hijos emancipados; porque los emancipados están ya fuera de la patria potestad;

cipales diferencias que hay entre ámbas: 1.ª Puede nombrarse tutor desde cierto dia y hasta cierto tiempo, mas no heredero: 2.ª El testador puede morir en algunos casos, parte testado y parte intestado respecto de la tutela, mas no de la herencia: 3.ª Hombres y mugeres pueden ser herederos indistintamente, mas no tutores: 4.ª A falta de herederos testamentarios y legítimos, lo comun es que suceda el fisco; miéntras que éste nada tiene que ver en las tutelas; y 5.ª el testador puede dejar la tutela á quien quiera; pero la herencia ha de ser á los herederos forzosos.

(1) Ll. 2. y 3. tít. 16. Part. 6.

3ª porque puede darse tutor en testamento, aun á los hijos desheredados, porque la desheredacion priva de la herencia; pero no es modo de disolverse la patria potestad. Se podria objetar á esto, que el desheredado no necesita de tutor, estando privado de la herencia que habia de administrar el tutor; pero la respuesta es clara. Segun hemos dicho ántes, el tutor se dá primeramente para la persona; y así, aunque nada tuviese el pupilo, puede dársele tutor; fuera de que el desheredado puede tener otros bienes heredados de la madre, ó de sus parientes. 4ª Porque se puede dar tutor en testamento aun á los póstumos que por no haber todavía nacido, no están realmente en la patria potestad (2), porque siempre que se trata de la comodidad de los póstumos, se tienen por ya nacidos (3); luego tambien deben reputarse por hijos que están en la potestad de sus padres, y por consiguiente puede darles tutor.

2—Pueden ser dados tutores en testamento todos aquellos que son capaces de ejercer los cargos públicos: v. g., los siervos, dándoles libertad, y los hijos de familia; pero no los obispos ni religiosos. Los clérigos de órden sacro, pueden serlo legítimos, pero no testamentarios; como tampoco las mugeres. Sobre esto es digno de notarse, que mas facultades conceden las leyes al padre que nombra tutor en su testamento, que al juez que lo dá de oficio. El juez no puede dar por tutor á un loco, á un menor, á un sordo y mudo, porque semejante nombramiento sería nulo; pero vale el que un testador haga en cualesquiera de estas personas, que tienen actual impedimento para ejercer

(2) Ley 3. tít. 16. Part. 6.
(3) Ley 3. tít. 23. Part. 4.

la tutela. Porque aunque inmediatamente que son nombrados no administren, sino que se dé curador al pupilo por el juez, no obstante es válido su nombramiento, y se les debe conceder la administracion luego que lleguen á la mayor edad, ó recobren el juicio, ó el oído y habla.

3—Puede tambien el testador nombrar tutor á sus hijos puramente, bajo de condicion, desde cierto dia, y para tiempo cierto (4); lo que tampoco puede hacer el juez, que siempre lo debe dar puramente, conforme á la práctica de España. La razon es, porque el defecto que resulte del nombramiento del padre, puede ser suplido por el juez; pero el de éste, nadie lo puede suplir, y así quedaria tal vez desamparado el pupilo por mucho tiempo (5). Pero no puede el padre dar por tutor á una persona incierta, porque no se puede suponer confianza en una persona desconocida del testador; y así, si se nombrase tutor á uno, cuyo nombre es comun á dos, no habiendo pruebas ciertas de cual de ellos es de quien habló el testador, ninguno de los dos será tutor (6).

4—Resta tratar de la confirmacion de los tutores, que se acostumbra hacer por el magistrado. Pero hay bastante diferencia entre la confirmacion de que hablan las leyes, y la que se usa al presente. El dia de hoy todos los tutores se confirman por el juez; si no es que el testador les confiera facultad de administrar sin dicha confirmacion (7). Segun la ley de Partida, solo los testa-

(4) Ley 8. tít. 16. Part. 6.
(5) Febr. cinco juicios, lib. 1. cap. 1. § 2. núm. 62.
(6) Ley 7 al fin, tít. 16. Part. 6.
(7) Febr. lib. 1. cap. 1. § 2. núm. 56.

mentarios, y éstos no todos, sino algunos (8). Conforme á la práctica del dia se confirman, ó se les discierne el cargo, aun á los que están legítimamente nombrados tutores; por derecho solamente aquellos que han sido dados viciosamente en testamento. De aquí se deduce, que hablando en rigor de derecho, la confirmacion es, *un acto por el cual el juez confirma y aprueba el tutor testamentario dado viciosamente*. Es necesaria, pues, la confirmacion judicial, á la que nuestros prácticos llaman *discernimiento del cargo*, siempre que hay vicio en el nombramiento del tutor testamentario. Este vicio ó defecto, ó está en el testador mismo, ó en el modo de dar el tutor. Estará en el testador, siempre que lo dé el que no tenga patria potestad en los hijos; v. g., la madre, ó el abuelo, supuesto que el fundamento de esta tutela es la patria potestad; luego el que dá tutor á unos pupilos que no están en su potestad, lo dá viciosamente. En el modo de dar el tutor hay vicio si no se nombra en testamento, ó codicilo. En ámbos casos, el nombramiento de tutor debia ser nulo; mas en atencion á la insigne confianza que se infiere tener el testador de la persona nombrada, ha parecido conveniente que semejantes tutores sean confirmados por el juez, y que de este modo se subsane el defecto de su nombramiento (9).

5—Se puede hacer la confirmacion de dos maneras: ó sin inquisicion, ó con ella. Sin inquisicion se hace, si el padre dá tutor en su testamento, pero viciosamente; lo que puede acontecer de tres maneras:

(8) Ley 8. tít. 16. Part. 6.
(9) Dicha ley 8. tít. 16 Part. 6.

1ª Si dió tutor al hijo emancipado: 2ª Si lo dió á su hijo natural; pues en uno y otro caso carece de pátria potestad: 3ª Si lo dió en testamento imperfecto, ó en otra disposicion ilegítima. En estos casos debe ser confirmado el tutor por el juez sin inquisicion; porque siempre se presume que el padre ha procurado el mayor bien de sus hijos, si no es que hubiere causas que impidan la confirmacion. Por el contrario, con inquisicion son confirmados los tutores en estos casos: 1º Si la madre da tutor á sus hijos, á quienes instituye por herederos: 2º Si el padre lo da à sus hijos naturales, no instituidos por herederos: 3º Si un estraño da tutor á un pupilo á quien deja su herencia (10). En todos estos casos no hay facultad en el testador para el nombramiento de tutor, por falta de patria potestad: no obstante, el juez lo confirma, pero con inquisicion. Esta se reduce á investigar: 1º Si será útil al pupilo esta tutela: 2º Si el tutor es hombre bueno ó malo: 3º Si es amigo ó enemigo del pupilo, etc.

TÍTULO XV.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA.

SUMARIO.

1 De cuántas maneras es la tutela legítima.
2 En qué caso tiene lugar esta tutela.
3 Fundamento de esta tutela.
4 Quienes deben ser tutores legítimos del pupilo.

La segunda especie de tutela es la *legítima*. Se llama así, porque estos tutores no son nombrados por el testador ni por el juez, sino que la misma ley los llama á la tutela. Esta es de cuatro maneras: 1ª La

(10) Leyes 6. y 8. tít. 16. Part. 6.

de los parientes inmediatos, de que se trata en este título: 2ª La de los patronos para con sus libertos, en el 17: 3ª La del padre para con su hijo emancipado antes de la pubertad, en el 18. 4ª La del hermano para con su hermano emancipado y menor de 14 años. Estas tres últimas especies, el dia de hoy casi estan sin uso. La primera es bastante usada, por lo que se debe tratar con mas estension.

2—Tiene lugar esta tutela legítima cuando el padre muere intestado; porque es regla general que, *habiendo tutor testamentario, no se admiten los legítimos*. Solo, pues, son admitidos, cuando el padre del pupilo muere intestado (1). Se dice morir el padre intestado, no solo cuando del todo nó hizo testamento, sino tambien cuando, aunque lo haya hecho, nada dispuso acerca de la tutela. En los dos casos referidos tiene lugar la tutela legítima. La razon por què habiendo tutor testamentario es escluido el legítimo, se deduce del principio que hemos esplicado arriba. La tutela es semejante en derecho á la herencia: luego, así como faltando heredero instituido en el testamento, sucede el legítimo, así no habiendo tutor testamentario, el pariente mas cercano, á que llamamos legítimo, recibe la tutela.

3—El fundamento de esta tutela se deduce bien claramente de lo dicho. Equiparándose en derecho la tutela á la herencia, formaron los jurisconsultos este axioma: *á donde corresponde el provecho de la herencia, allí mismo debe ir la carga de la tutela*. Esta regla, casi con las mismas palabras, se halla en la ley 10 tít. 16 Part. 6. Ahora pues, llamando la ley á los parientes mas cercanos al provecho ó utilidad de la herencia, es muy justo que los mismos

(1) Ley 9. tít. 16. Part. 6.

sean llamàdos al cargo de la tutela (tt).

4—De este axioma inferimos: que deben ser tutores legítimos del pupilo que no lo tiene testamentario, sus parientes consanguíneos mas cercanos por ambas líneas (2); y habiendo muchos en igual grado, lo serán todos (3). Pero en este caso, para evitar los disturbios que pueden nacer entre ellos, deben elejir entre sí quien ha de ejercer la tutelà; y no concordando, puede el juez nombrar al que estime mas idóneo y dé mayor seguridad, y solo éste será tutor en efecto; y los demas se tendrán por honorarios (4) (uu).

(tt) Este llamamiento de los parientes á la tutela, aunque segun el derecho romano, solo correspondía á los parientes por agnacion ó *agnados*, nombre que se dá á los que lo son por parte del padre sin mezcla de muger, por lo que conservaron el apellido, y no á los *cognados*, como se llama á los que son parientes por parte de madre ó con interposicion de alguna muger; segun el nuestro, corresponde á unos y otros, porque la ley 9 tít. 16 Part. 6, los llama indistintamente bajo el nombre de parientes; y esta tutela tiene tambien lugar, segun advierte Gregorio Lopez en la glosa 1 á dicha ley, cuando muere el tutor testamentario despues del padre, y el hijo no ha dejado de ser pupilo, esto es, impúber.

(2) Leyes 9 tít. 16 Part. 6, y 2. tít. 7. lib. 3 del Fuero Real.

(3) Dicha ley 9. tít. 16. P. 6.

(4) Ley 11. tít. 16. Part. 6.

(uu) Esta doctrina es aplicable á los tutores testamentarios, cuando son muchos los designados por el testador, prefiriendo el abuelo paterno al materno, y la abuela paterna á la materna, bien que concurriendo abuelo y abuela maternos, ejercerán la tutela igualmente: si fuesen madre y abuelo paterno, preferirá aquella á éste; y concurriendo padre y abuela paterna ó materna, será preferido el padre, el cual, si es natural, preferirá igualmente á la madre natural; y debe advertirse, que entre

Si el pupilo tiene madre, la pertenece ante todos esta tutela; y si no la quiere, á la abuela (5), y en defecto de ámbas, deben entrar los parientes, como se ha dicho.

TÍTULO XVI.

CUANDO PIERDEN LOS PARIENTES EL DERECHO A LA TUTELA POR LA PERDIDA DEL ESTADO O DE LA CABEZA.

SUMARIO.

Entre los romanos se llamaba *cabeza*, todo aquel cuyo nombre se escribia en las tablas del censo, ó padron general de la república. Mas como en ellas no se escribian sino los hombres libres, los ciudadanos y los padres de familia, de aquí dimanó que lo mismo fuera tener cabeza, que gozar de alguno de los estados de libertad, de ciudad o de familia. Cualquiera, pues, que no tiene alguno de éstos, se dice en derecho que no tiene cabeza, v. g., el siervo. Aquel que tuvo los tres y los perdió todos ó alguno de ellos, se dice que *perdió lá cabeza*:

los consanguíneos transversales, no se ha de atender á la predileccion de líneas, sino á la mayor utilidad del pupilo, porque, como ya se ha indicado, la ley no distingue de agnados ni cognados para este caso, y así son admitidos todos omnímoda é indistintamente, siendo mayores de veinticinco años, idóneos, seguros y sin prohibicion legal de ser tutores.

(5) L. 9. del mismo tít. 16.

capite minui (1).

2—Con lo dicho se entiende fácilmente esta definicion: pérdida de cabeza no es otra cosa, que *la mutacion del estado que se tenia en la república* (2); luego cuando alguno de hombre libre pasa á ser siervo, de ciudadano á peregrino, ó de padre de familias á hijo, hay pérdida de cabeza; y no al contrario, si de siervo pasa á libre, de peregrino á ciudadano, y de hijo á padre de familias. Siendo, pues, de tres maneras la cabeza ó el estado; de libertad, de ciudad ó de familia, tambien es de tres maneras la pérdida de cabeza: *máxima*, *media* y *mínima*. La máxima es por la que se pierde la libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y de familia. Porque, cuando alguno es hecho siervo, necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familias. Media es, por la que se pierde el derecho de ciudad. El que padece esta mutacion queda en realidad hombre libre; pero se hace estrangero y deja de ser padre de familias. Mínima es, por la que se pierden los derechos de padre de familias, no obstante que se conservan los de libertad y de ciudad (3). En una palabra: la máxima se opone al estado de libertad, la media al estado de ciudad, y la mínima al estado de familia. La máxima y la media se llaman en derecho muerte civil (4).

3—Hemos visto ya, qué sea la triple pérdida de cabeza: veamos ahora quiénes la padecen. La máxima la padecian: 1.º Los que eran tomados por los enemigos. Entre nosotros permanecen libres; pero entre los romanos eran hechos siervos; y así

(1) Ley 18. tít. 1. P. 6.
(2) Dicha ley 18.
(3) La misma ley 18.
(4) Ley 2. tít. 18. Part. 4.

perdian el estado de libertad, y no lo recobraban, si no es que volviesen á su casa, que entónces, por el derecho de *postliminio* [*] eran restablecidos en todos sus derechos (5): 2.º Los mayores de 20 años, que dolosamente se vendian por medio de otro para gozar del precio (6). Estos, quedando siervos en pena de su fràude, perdian el estado de libertad, y padecian la máxima pérdida de cabeza: 3.º Los siervos de la pena. Estos tuvieron su orígen en Roma, porque por la ley Porcia estaba mandado que los ciudadanos romanos no pudiesen ser castigados con azotes, ni condenados al último suplicio. En fuerza de esta ley, siempre que algun magistrado se atrevia á imponer semejantes penas á algun ciudadano romano, levantaba éste la voz y decia: *soy ciudadano romano*, é inmediatamente se le debia dejar en libertad. Tenemos un ejemplo de esto en el libro de los Hechos Apostólicos, en donde se cuenta, que el Apóstol S. Pablo se libró de este modo de la crueldad del tribuno de los soldados (7). Gozando, pues, de un privilegio tan exorbitante los ciudadanos romanos, y no siendo posible que una república se conserve sin facultad de castigar á los facinerosos con las penas correspondientes, fué necesario que fingiesen que aquellos que eran condenados al último suplicio,

[*] Este derecho fué establecido entre los romanos. Por él se fingía que los cautivos por el enemigo, jamas habian salido de la ciudad, en caso de que volviesen á ella; y reasumian desde luego todos sus antiguos derechos: *omnia pristina jura recipiunt.* § 5. *Inst. quib. modis patr. pot. solv.*

(5) Ley 1. tít. 29. Part. 2.

(6) Ley 1. tít. 21. Part. 4.

(7) Act. Ap. cap. 22. v. 24, 25 y 26.

por la sentencia capital se habian hecho siervos, y por consiguiente, que ya no eran ciudadanos. Mas como no puede haber siervo sin señor, y el condenado á muerte no pasaba al dominio de otro, fingieron tambien que la pena era como su señor, y por tanto se llamaban siervos de la pena.

4—Este fué el orígen de la servidumbre de pena entre los romanos. Nuestras leyes de Partida la esplican con diferencia. Segun ellas, es llamado siervo de la pena, aquel que es condenado á trabajar perpétuamente en obras públicas, ó en otros servicios penosos de utilidad pública (8). Tales eran antiguamente remar en las galeras y trabajar en las minas de azogue; pero habiéndose abolido del todo estas penas, solo han quedado las de presidio y arsenales, condenando á los reos incorregibles y del todo abandonados, á los trabajos penosos de bombas y otras maniobras ínfimas, atados á la cadena de dos en dos, sin arbitrio ni facultades en los gefes para su soltura ni alivio. No obstante, en el dia ni con impropiedad puede llamarse ésta servidumbre de pena, por faltarle la calidad de ser perpétua. En efecto, el amor á la humanidad, hizo atender á que la penalidad y afan de estos trabajos era insufrible; y así, con la mira de evitar, el total aburrimiento y desesperacion de los infelices que se veian sujetos á su interminable sufrimiento, se dispuso que no pudieran los tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en los arsenales á reo alguno; por lo que no hay ya servidumbre de pena, ni tampoco caso alguno en que, segun la práctica del dia, se padezca la pérdida de

(8) Leyes 2. tít. 18. Part. 4, y 18. tít. 1. Part. 6.

cabeza que llamaban máxima.

5—La media padecian entre los romanos: 1.º Aquellos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego. Esta pena se originó de que los ciudadanos romanos gozaban el privilegio de no perder contra su voluntad, los derechos de ciudad. Segun esto, para privar de ellos á algun delincuente, era necesario mandar, no que saliese para un destierro, porque á esto, segun hemos dicho, no podia ser obligado, sino á que no usase de agua ni de fuego. Notificada al reo esta sentencia, se le ponian guardias para que le impidiesen usar de ámbos elementos. Mas como de esta suerte no podia vivir, se veia obligado á salir de la ciudad y trasladarse á otra, perdiendo de este modo los derechos de ciudadano romano: 2.º La misma padecian los deportados. Estos eran unos hombres desterrados perpétuamente por sus delitos, y mandados conducir á alguna isla despues de haberles confiscado todos sus bienes (9). Se distingue la deportacion de la relegacion, en que en esta no se confiscan los bienes, y puede ser por tiempo cierto; por lo que la primera hace perder los derechos de ciudad, y no la segunda. De la deportacion y relegacion, hablan las leyes de Partida, casi en los mismos términos que el derecho de los romanos (10).

6—La mínima pérdida de cabeza padecian los arrogados y los emancipados; pero segun nuestro derecho, solo la padecen los primeros, porque de hombres libres de toda potestad ó padres de familia, se hacen hijos y se reducen á la patria potestad del arrogante (11).

(9) Ley 2. tít. 18. Part. 4.
(10) Leyes 2. y 3. tít. 18. Part. 4.
(11) Ley 7. tít. 7. Part. 4.

7—En el dia por ninguna de estas pérdidas de derechos, se pierde el que los parientes consanguíneos tengan á la tutela de sus parientes pupilos. Pero por razon de ser infame aquel, á quien por sus delitos se impongan las penas de presidio, arsenales ó destierro, debería ser privado de la tutela legítima, aun cuando cumplido el tiempo de su condena, volviese á la ciudad (12).

TÍTULOS XVII, XVIII Y XIX.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS PATRONOS, DE LOS PADRES Y DE LOS HERMANOS.

SUMARIO.

1 Qué se entiende por patrono?
2 Fundamento de está tutelá.
3 Qué erá tutela legítima de los padres?
4 Qué tutela fiduciaria?

Entre las tutelas legítimas, ó que corresponden por ministerio de la ley, numeramos la de los patronos. *Patrono* se dice aquel que dió la libertad graciosamente á un siervo. Entendemos, pues, por tutela legítima de los patronos, la que pertenece conforme à derecho, al patrono en el liberto manumitido ántes de la pubertad (1).

2—El fundamento de esta tutela, es el mismo que el de la legítima de los consanguíneos: *á donde corresponde el provecho de la herencia, allí mismo debe ir la carga de la tutela* (2). Ahora, pues, como muriendo sin hijos el liberto, y sin padre ó madre, ni otro pariente de los que conforme á derecho le habian de heredar, sucedia el patrono; se infiere de a-

(12) Arg. de la ley 7. tít. 6. Part. 7.
(1) Ley 10. tít. 16. Part. 6.—(2) La misma ley 10.

quí que debia ser su tutor legítimo (3).

3—Tutela legítima de los padres se llamaba la que ejercian éstos en los hijos emancipados antes de la pubertad (4). En el dia, como ninguno puede emancipar á sus hijos menores sin autoridad real, ó aprobacion del Consejo en sus respectivos casos, difícilmente tiene lugar esta tutela.

4—La tutela fiduciaria es, la que ejercia el hermano mayor de veinticinco años, en su hermano emancipado, y menor de catorce años, despues de muerto su padre, que era su tutor legítimo (5). Pero esta tutela nunca ha tenido, ni puede tener lugar entre nosotros; pues aunque se verifique el caso que se figura, entrará el hermano á ser tutor, pero no fiduciario, sino legítimo, por ser el pariente mas cercano del pupilo.

TÍTULO XX.

DE LA TUTELA DATIVA.

SUMARIO.

1 Definese la tutela dativa.
2 Quiénes deben pedir tutor al juez, y qué debe éste hacer si no lo piden.

Hasta aquí hemos esplicado dos especies de tutela, la testamentaria y la legítima: resta la tercera, que és la *dativa*. Se llama así, porque este tutor es dado, no en testamento ni por ley, sino por el juez. Definiremos, pues, esta dacion de tutor: *un acto por el cual el magistrado, con autoridad de la ley, nombra tutor al pupilo que no lo tiene testamentario ni legítimo* (1). De esta definicion inferimos:

(3) Ley 10 tít. 16 P. 6.—(4) Dicha ley 10.—(5) Idem.
(1) Ley 12. tít. 16. Part. 6.

1º Que para conseguir el fin de esta tutela, que es, que el pupilo y sus bienes no padezcan detrimento, debe ser dado el tutor puramente, y de ninguna manera con condicion que suspenda su oficio, ó que no sea concerniente al acto, ni á dia cierto, ni para cierto tiempo, como puede suceder en el testamentario (2) (vv). La razon de diferencia ya la hemos insinuado, y es, porque el defecto del testador puede ser suplido por el juez, nombrando curador al pupilo; pero el de éste no hay por quien se supla, y por tanto quiere el derecho que en el acto mismo se provea á la necesidad del huérfano desamparado: 2º Que esta tutela es subsidiaria; es decir, que no tiene lugar sino en falta de tutor nombrado en el testamento, ó de parientes cercanos que lo sean conforme á derecho (3): 3º Que procediendo el magistrado en este nombramiento con autoridad de la ley, segun ella debe dar el tutor el juez ordinario del domicilio del pupilo, ó del lugar en que nació, ó en donde tiene la mayor parte de sus bienes. Pero si todos los referidos nombrasen, será preferente el nombramiento del que conste haberlo hecho primero; y si todos lo hubieren hecho al mismo tiempo, preferirá el del juez del domicilio del pupilo (4). De esta regla se esceptúan los hijos primogénitos de los grandes, à quienes da

(2) Ley 8. tít. 16. Part. 6, y en ella Gregorio Lopez núm. 4. v. *so condicion.*

(vv) Mas si la condicion es anexa al mismo acto de dar la tutela, v. g., *si el tutor se obligare á administrar como debe; si afianzare la tutela con toda seguridad, etc.*, la puede poner el juez en el nombramiento, porque esta no es verdadera condicion, sino prevencion que le hace para que practique lo que se le dice, y que de no practicarlo, no se le discernirá la tutela.

(3) Ley 12. tít. 16. Part. 6.—(4) La misma ley 12.

el Rey tutor por sí mismo, ó confiere especial comision á algun magistrado para que se lo dé (5).

2—Ultimamente, deben pedir al juez este tutor, en primer lugar la madre y parientes del pupilo (xx). Y en caso de que nadie lo pidiese y llegase á noticia del juez el desamparo del pupilo, puede nombrarlo de oficio (6), en virtud de la potestad que le concede el derecho. Deberá darlo por sí mismo, si los bienes del pupilo valiesen mas de quinientos maravedís; pero si no ascendieren á esta cantidad, podrá delegar al inferior la dacion de tutor (7).

(5) Ley 14. tít. 5. lib. 2. Rec. de Cast. Ley 17. tít. 1. lib. 6. Nov. Recop.

(xx) En defecto de parientes, pueden pedírselo los amigos del pupilo, ó él mismo; y por el de unos y otros, cualquiera del pueblo en que éste viva ó nació, ó su padre, ó de aquel en que tiene la mayor parte de sus bienes, como se ha dicho, ya esté presente ó ausente, y aunque lo contradiga. La práctica es, discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaría, lo que puede hacerse aun en dia de precepto, cuando por la ley no se requiere que se confirme el nombramiento con inquisicion ó conocimiento de causa, y en caso de necesidad, aunque se requiera éste.

(6) Ley 12. tít. 16. P. 6, y en ella Greg.º Lopez n. 7.

(7) Dicha ley 12. tít. 16. Part. 6.



TÍTULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

SUMARIO.

1 Cuales son los oficios ó deberes de los tutores?
2 Qué se entiende por alimentos.
3 Intervencion del tutor en los negocios y contratos del pupilo, y esplicacion de lo que se entiende por fuerza y autoridad.
4 Continuacion del mismo asunto.
5 Definicion de la autoridad.
6 Axiomas que se deducen de esta definicion.
7 Continuacion de esta materia.
8 Si será necesaria la autoridad del tutor para que el pupilo admita una herencia.
9 Conclusiones que se deducen del segundo axioma.

Hemos visto hasta aquí todas las especies de tutores: síguese ahora tratar de sus oficios. Estos, unos tienen por objeto la persona del pupilo, y otros la administracion de sus bienes. Entre los que miran al cuidado de la persona del pupilo, los principales son: 1º Darle educacion é instruirle en aquellas ciencias ó artes que sean convenientes, atendidas las circunstancias de su familia, nacimiento y facultades (1): 2º Alimentarlo del modo y en los términos que el padre haya dispuesto en su testamento, ó en los que el juez dispusiere, con consideracion á los haberes del pupilo, cuidando que estos gastos puedan hacerse de los réditos ó frutos de sus bienes, y no con los principales ó propiedades (2) (*).

(1) Ley 16. tít. 16. Part. 6.
(2) Leyes 19. y 20. tít. 16. Part. 6.
[*] Esta doctrina debe entenderse siempre que las rentas de los bienes de los menores basten para sus alimentos, pues si nada produjesen, ó fuesen tan cortos sus frutos, que no sean suficientes para aquel objeto, entónces puede invertirse lo necesario del principal; pero con conocimiento judicial, y segun la clase de bienes que se destinan á los alimentos.

2—3º Con el nombre de alimentos se entiende, no solo la comida, vestido y habitacion, sino tambien todos los demas gastos que sean necesarios para conseguir la conveniente ilustracion del pupilo, así en lo moral como en lo civil (3) (yy) 4º. La habitacion ó casa debe ser la que el padre haya señalado al pupilo en su testamento, y no habiendo señalado alguna, se criará en la de la madre, y en su falta, ó casándose ésta, en donde determine el juez; pero de ninguna suerte en casa de aquel que puede heredar sus bienes (4).

3—El cuidado de los bienes del pupilo, compone la segunda parte de los oficios del tutor (zz). Este con-

(3) Ley 16. tít. 16. Part. 6.

(yy) La ley 20 tít 16 Part. 6 impone á los *guardadores*, bajo cuyo nombre se comprenden los tutores y curadores, el deber de cuidar que los gastos que se hagan para alimentar á los huérfanos, salgan de los réditos y frutos, dejando salvas las fincas, *si se pudiere facer;* sobre cuyas palabras Lopez en la glosa 3ª, dice que puede el tutor echar mano de las propiedades del huérfano, cuandó no alcancen los réditos para alimentarlo. Cuando los gastos y emolumentos son propiamente iguales, por práctica se señalan frutos por alimentos costumbre ventajosa á los guardadores y á los huérfanos y menores, y que deja á los primeros mas espedito el ejercicio de su cargo. Y si el guardador entendiese que podia perjudicar al pupilo ó menor, descubrir su riqueza ó pobreza, y para impedirlo creyese conveniente alimentarlo de su propio peculio, deberá hacerlo así, y á su vez será reintegrado de las anticipaciones que hubiese hecho.

(4) Ley 19. del mismo título y Partida.

(zz) El guardador debe cuidar de la conservacion y aumento de los bienes del menor, reparando los edificios, cultivando los campos y promoviendo la cria de los ganados; Ley 15 tít. 16 Part. 6. Y aunque en las le-

siste principalmente en que intervenga en todos los contratos y negocios del pupilo. Dijimos arriba que la tutela era una fuerza y autoridad que concede el derecho en los mozos libres de toda potestad. Sobre esto, es digno de observarse, que estas dos palabras no son sinónimas, sino que la *fuerza* denota una facultad mayor que la *autoridad*. La fuerza, pues, la ejercen los tutores en los infantes, y la autoridad en los mas adultos. La infancia dura hasta el año séptimo de la edad: el tiempo que corre desde los siete años hasta la pubertad, se divide en dos partes iguales: en la primera se dice el pupilo próximo á la infancia, y en la segunda próximo á la pubertad. Segun estas reglas, para mayor claridad, diremos que el hombre se llama *infante* hasta los siete años: *próximo á la infancia* hasta los diez y medio: *próximo á la pubertad* hasta los catorce: en los catorce, *púber*: *plenamente púber*, hasta los diez y ocho; y *mayor* á los veinticinco. La muger será infante hasta los siete años: próxima á la infancia hasta los nueve y medio: próxima á la pubertad hasta los doce: púber en los

yes no se halla espresa la obligacion de emplear el dinero, Covarrúbias y Gutierrez dicen, que debe hacerlo, comprando fincas, ó entregándolo á algun comerciante con un interes moderado, cuyo empleo deberá hacer dentro de seis meses de haber recibido la tutela, ó de dos despues de recibir el dinero, si ya estaba en el encargo; á ménos que haya algun impedimento para ello. No le es permitida la enagenacion de los bienes raices ó muebles preciosos del menor, sino con autoridad judicial y por justas causas, como casar al pupilo, ó á alguna de sus hermanas, ó pagar las deudas, ú otra causa semejante; debiendo hacerse la enagenacion en almoneda pública, y nunca de la casa que fué del padre ó abuelo, en que el huérfano nació, si se puede evitar. Leyes 60 tít. 18 Part. 3, 8 tít. 13 Part. 5, y 18 tít. 16 Part. 6.

dece: plenamente púber á los catorce; y mayor á los veinticinco años. Estos términos de la edad, se deben tener presentes y observarse con cuidado.

4—No se puede dudar, que mayor debe ser la potestad del tutor en el pupilo infante, que en el que se halla próximo á la infancia ó á la pubertad. Cuando el pupilo es infante, nada puede hacer por sí, sino que todo lo hace el tutor en su nombre, y en este caso se dice propiamente que administra (5). Mas si el pupilo se halla próximo á la infancia ó á la pubertad, puede hacerlo todo, con tal que su tutor esté presente y apruebe lo que ha de obrar (6); en cuyo caso se dice que interpone su autoridad. Esto se verá mas claramente con dos ejemplos. Un pupilo infante no puede contraer, aceptar una herencia, ó mover un pleito: todo esto es necesario que lo haga el tutor en su nombre, y aun sin noticia del pupilo. Por el contrario, el mayor de siete años contrae legítimamente, acepta herencia ó mueve pleito siempre que esté presente su tutor, y que todo lo obre con su aprobacion y autoridad. De aquí nace, que la palabra latina *auctoritas* se tenga por derivada del verbo *augeo*, porque en realidad el tutor aumenta y completa lo que falta á la persona del pupilo. El infante casi no es persona por falta de uso de razon, y por tanto obra el tutor en su nombre; pero el que es mayor de esa edad, aunque es persona en realidad, por la debilidad del juicio se reputa por media persona. Viene, pues, el tutor á completar lo que falta á este pupilo, y aumentar su persona cuando aprueba y consiente. Por tanto, esta aprobacion y consentimiento del tutor, es lo que propiamente se llama autoridad.

(5) Ley 17. tít. 16. Part. 6.
(6) Dicha ley 17. tít. 16. Part. 6.

5—De estos principios nace la definicion de la autoridad. Es, pues, *un acto por el cual el tutor aprueba lo que el pupilo mayor de la infancia obra, capaz de hacer peor su condicion* (7). Se dice que es un *acto*, porque no basta la taciturnidad del tutor, sino que se requiere licencia ó aprobacion espresa, lo que significa la palabra *otorgamiento* de que usa nuestro derecho (8). Se dice que *por él aprueba el tutor lo que el pupilo mayor de la infancia obra*; porque si el pupilo es todavia infante, nada puede obrar, sino que entónces el tutor lo administra todo; luego no interpone autoridad. Se dice últimamente, *capaz de hacer peor su condicion*; porque como veremos despues, puede el pupilo, sin autoridad del tutor, hacer mejor su condicion; pero de ninguna manera hacerla peor (9). V. g., si Ticio dona al pupilo una onza de oro, es válida la donacion, aunque el tutor no esté presente ni lo apruebe; pero si el pupilo promete á Ticio un caballo, no nace obligacion de esta promesa, si no es que el tutor la hubiese autorizado (10).

6—De la definicion que hemos esplicado, se deducen dos axiomas: 1º La autoridad del tutor es necesaria siempre que se intenta algun negocio del cual puede resultar peor la condicion del pupilo: 2º El tutor, mediante la autoridad, suple la falta de juicio del pupilo.

7—El primer axioma establece, que es necesaria la autoridad del tutor, siempre que puede hacerse peor la condicion del pupilo, porque mejorarla puede aun sin noticia ni consentimiento suyo. ¿Pero cuándo se dirá que hace mejor su condicion el pu-

(7) Ley 17 tít. 16 P. 6.—(8) Dicha ley 17.—(9) Idem. (10) La misma ley 17.

pilo, y cuándo peor? La hace mejor, siempre que obliga á otro; v. g., cuando otro le promete, le dona ó le dà en comodato. La hace peor, siempre que el pupilo se obliga á otro; v. g., cuando promete, dona, dà en comodato (11). De aquí nacen dos importantes conclusiones: 1ª Que el pupilo, sin necesidad de autoridad alguna, puede aceptar promesas y adquirir por cualquier título lucrativo, porque de esta suerte otro se obliga al pupilo; pero el pupilo no queda obligado al otro, si no interviene la autoridad del tutor. Por ejemplo, un mercader vende un relox de oro á un pupilo en cien pesos, pero sin consentimento de su tutor. Verificada la compra, dá parte el pupilo al tutor del contrato que ha celebrado: al tutor le parece bien, lo aprueba y dá órden de que se entregue el precio: el mercader, que mientras tanto se habia arrepentido de la venta, quiere disolverla, fundandose en que no quedó obligado, por haber sido celebrado el contrato con un pupilo que no tiene juicio bastante para contraer. Se pregunta ahora, ¿quedaria obligado? No hay duda que sí, segun los principios sentados (12). Pero si el mercader quisiese compeler al pupilo á que pagase el precio, responderia éste muy bien, que no habia podido obligarse sin consentimiento de su tutor. Es verdad que puede parecer injusto que en un mismo contrato el mercader se obligue, y el pupilo quede libre; pero no es así, porque voluntariamente se sujeta á ese gravámen el que contrae con el pupilo sin anuencia de su tutor; y por tanto, no debe tener á mal que el contrato claudique, ó que no sea de una y otra parte obligatorio.

(11) Ley 17 tít. 16 Part. 6.—(12) Dicha ley 17.

8—Todo lo dicho es consiguiente á los principios establecidos: únicamente admite duda, ¿si sea necesaria la autoridad del tutor para que el pupilo admita una herencia? Podria parecer supérflua la autoridad en este caso, porque el que acepta una herencia suele hacer su condicion mejor; en cuyo caso, segun se ha dicho ya, no se requiere consentimiento ni aprobacion del tutor. No obstante, de nuestras leyes se deduce claramente, que sería nula semejante aceptacion (13). La razon es, porque la aceptacion de la herencia, es un cuasi contrato por el cual se obliga el heredero, no solo á pagar á los acreedores del difunto lo que se les deba, sino tambien á los legatarios y fideicomisarios lo que se les haya dejado en el testamento; es así que á nada puede obligarse el pupilo sin autoridad de su tutor (14); luego ni aceptar la herencia.

9—El segundo axioma dice: que el tutor con su autoridad suple la falta de juicio del pupilo. De aquí tambien se deducen várias conclusiones: 1ª El tutor no puede interponer su autoridad en causa propia (15): es decir, no puede el tutor interponer su autoridad en negocio que interese á él y al pupilo. La razon es, porque cuando el tutor suple la falta de juicio del pupilo, uno y otro forman como una sola persona, la cual no puede contraer consigo misma: 2ª El tutor no puede comprar cosa alguna del pupilo, porque así interpondria su autoridad en causa propia, lo que no pue-

(13) Arg. de dicha ley 17 tít. 16 Part. 6.
(14) La misma ley 17.
(15) Arg. de las leyes 4 tít. 5. Part. 5, 18 tít. 16 P. 3, y 23 tít. 11 lib. 5 Recop. de Cast. Ley 1 tít. 12 lib. 10 Nov. Rec.

de, segun hemos dicho (16). Se esceptúa el caso de que comprase con licencia del juez y consentimiento de los contutores, por evitarse de este modo que el pupilo sea dañado; pero si lo fuere, puede pedir restitucion dentro de cuatro años despues de haber llegado á la mayor edad: 3ª Si naciese pleito entre el tutor y el pupilo, se debe dar á éste otro tutor que lo defienda, al cual llaman *curador ad litem*. La razon es, porque el pupilo, por la contestacion del pleito cuasi contrae; el que cuasi contrae se obliga; el pupilo no puede obligarse sin autoridad del tutor; el tutor no puede interponer su autoridad en causa propia, luego es necesario que se le dé otro que autorice (17).

TÍTULO XXII.

DE LOS MODOS DE FENECERSE LA TUTELA.

SUMARIO.

1 Axioma en que se fundan los modos de acabarse la tutela.
2 Primer modo de fenecerse la tutela, que es por muerte ya del tutor, ya del pupilo,
3 Otro modo de acabarse es por la pérdida de cabeza
4 Se acaba tambien llegando los menores à la pubertad.
5 Asimismo se acaba si llega el dia ó se verifica la condicion.
6 Tambien se fenece por la excusa y por la remocion.
7 Obligaciones del tutor cumplido el tiempo de la tutela.
8 La accion de tutela es directa ó contraria, y à quienes compete.
9 Derecho que tiene el tutor para indemnizarse de los gastos que haya hecho, y para percibir la décima parte de los frutos que hayàn producido los bienes del menor.

Todos los modos de acabarse la tutela se fundan en este axioma: *cesando la causa, cesa la tu-*

(16) Leyes 4 tít. 5 P. 5 y 23 tít. 11 lib. 5 Rec. de Cast. Dicha ley 1.ª
(17) Arg. de ley 13 tít. 16 Part. 6.

tela. La causa de la tutela es la educacion y cuidado de aquel que por su edad no es capaz de dirigirse por sí mismo; luego si no hay necesidad de estos oficios, ó el tutor no los puede cumplir, se acabará la tutela.

2—De este axioma se infiere claramente, que se disuelve la tutela por la muerte, ya del tutor, ya del pupilo (1) (ab). La razon es, porque muerto el primero, no es ya capaz de guardar al pupilo; y muerto éste no necesita de guarda. De allí mismo se colige, que la tutela no pasa á los herederos, por ser un cargo público y personal que espira con la persona. Se exceptúa la tutela, legitima que pasa á los herederos, por ser éstos los parientes mas cercanos.

3—Otro modo de acabarse la tutela, es por la pérdida de cabeza. Porque como se equipara á la muerte, segun hemos visto, se le atribuyen con razon los mismos efectos. Pero es necesario distinguir, entre pérdida de cabeza del pupilo y del tutor. Por cualquiera de las tres que padezca el pupilo, se acaba la tutela. No así el tutor: éste por la pérdida mácsima y media, queda privado del ejercicio de su empleo; pero no por la mínima (2). La razon es esta: si el pupilo padeciese la máxima se haria siervo: si la media, estrangero: si la mínima, hijo de familia por la arrogacion: es así, que un siervo no puede estar bajo de tutela por no ser cabeza libre, ni un estrangero, por ser este un derecho propio

(1) L. 21. tít. 16. Part. 6.

(ab) Pero asi en el caso de morir el guardador, como en el de pasar la madre ó la abuela, siendo guardadoras, á segundas nupcias, deberá proveerse á los pupilos de otro guardador; á ménos que las últimas hubiesen obtenido dispensa de ley.

(2) Dicha ley 21 tít. 16. Part. 6.

de los ciudadanos, ni un hijo de familia, por estar bajo la patria potestad, y al que tiene padre no se dá tutor; luego en cualquiera de estos casos fenece la tutela. La razon por qué el tutor que padece la máxima y media pérdida de cabeza es privado de la tutela, es porque el siervo y el estrangero, no pueden ser tutores, por ser incapaces por derecho de todo cargo púb ico. La mínima no daña al tutor, porque aun el hijo de familia puede serlo, como que en los cargos públicos se reputa por padre de familia (3).

4—El tercer modo de acabarse la tutela es la pubertad ó la edad de 14 años en los varones, y de 12 en las mugeres (4). Una de las razones por qué se habia dado la tutela, y la principal, es para que el pupilo sea educado bajo el gobierno y direccion del tutor: cesa, pues, ésta, cuando ha llegado á la pubertad y adquirido algun juicio; pero como no tiene todavia todo el que es necesario para dirigirse por sí mismo, y administrar sus bienes, le ha proveido el derecho de otra guarda con el nombre de *curatela*. Esta, aunque en rigor podia llamarse continuacion de la tutela hasta la mayor edad, no se ha llamado así, porque en realidad se advierte diferencia entre los cargos del tutor y del curador: aquel, como hemos notado ya, tiene por principal objeto la persona, y éste los bienes del pupilo. Se dice, pues, con razon, que á los 14 años se ha concluido la tutela, no obstante que haya de comenzar la curatela.

5—El cuarto modo, es la llegada del dia, ó cumplimiento de la condicion con que fué dado el tutor (5). Pero éste, solo puede tener lugar en la tu-

(3) L. 4 tít. 16. Part. 6. y en ella Greg. Lopez n. 6.
(4) Ley 21. del mismo tít.
(5) Ley 21. citada.

tela testamentaria, porque solo en testamento puede ser dado tutor hasta cierto dia, ó bajo de condicion. Por ejemplo, si el padre dijese en su testamento: Ticio sea tutor de mis hijos por cinco años; ó sea tutor si no tuviere hijos. En estos casos, pasado el quinquenio, ó si el tutor procrea hijos, cesará la tutela, porque ya llegó el dia señalado ó se verificó la condicion.

6—El quinto modo de fenecer la tutela es la escusa; y el sesto, la remocion del tutor sospechoso (6). Pero como estos modos son comunes á los tutores y curadores, porque unos y otros pueden escusarse, ó ser removidos como sospechosos, se reserva el tratar de ellos en los últimos títulos de este libro.

7—Concluido el tiempo de la tutela, incumbe al tutor la obligacion de dar cuentas de su administracion, y entregar al menor ó á su curador todos los bienes existentes (7) (ac). Esta obligacion nace de la naturaleza misma de la tutela. En virtud de ella debe el tutor administrar la hacienda del pupilo; y es regla general, que todo aquel que administra cosas agenas, está obligado á darlas. ¿Pero qué arbitrio se tomará cuando el tutor se resista á verificarlo? En este caso tiene lugar la accion llamada de *tutela*, que no se debe confundir con la de sospecho-

(6) Dicha ley 21. tít. 16. Part. 6.

(7) La misma ley 21, al fin.

(ac) En cuanto á si el testador puede ó no relevar al tutor de dar cuenta de su tutela, y si valdrá ó no la relajacion y remision, véase á Gutierrez *de tutel.* part. 3 cap. 1, núm. 32 al 48, que lo esplica bien, y se resuelve por la negativa; porque en efecto, á ser observada semejante relevacion, daría lugar á que los guardadores abusáran de sus funciones de un modo ilegal y escandaloso.

so y de revision de cuentas, porque se diferencian en el tiempo que se deben entablar, y en el fin á que se dirigen. La accion de sospechoso tiene lugar duránte la tutela, siempre que el tutor no desempeñe su oficio con fidelidad. La de tutela se entabla fenecida ésta, y ántes de rendirse las cuentas; y la de revision de cuentas, despues de dadas éstas, pero mal y con fraude. El fin de la primera, es que el tutor sea removido: el de la segunda, que dé cuentas; y el de la tercera, que se glosen y revisen éstas mismas, y que hallándose que el tutor sustrajo algo de los bienes, lo restituya con pena á arbitrio del juez (8).

8—En la accion de tutela se debe observar que es, ó directa ó contraria. La directa se dá al pupilo despues de la pubertad contra el tutor, sus fiadores y sus herederos, para que dé cuentas con pago (9): la contraria se dá al tutor fenecida la tutela, contra el pupilo, para que lo indemnice si ha hecho algunos gastos de su cuenta en la hacienda del pupilo, ó si ha sufrido algun daño dimanado de la tutela y sin culpa suya.

9—No solo debe ser indemnizado de las espensas que haya hecho de su cuenta, en la administracion de la tutela, sino que á mas de esto puede abonarse y tomar para sí, por razon de su trabajo y responsabilidad en que se constituyó, la décima parte de los frutos que los bienes de su menor hayan producido miéntras duró la tutela (10). Este beneficio se estiende tambien á los curadores; pero en

(8) Leyes 21. tít. 16. y 4. tít. 17. Part. 6.
(9) Ley 21. citada, al fin.
(10) Ll. 3. tít. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo y 2. tít. 7. lib. 3. del Fuero Real.

el supuesto de que unos y otros administren y cumplan como deben sus obligaciones (ad).

(ad) Esta décima se entiende deducidas las espensas que se hubieren hecho por razon de los frutos, pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes; entendiéndose por frutos los naturales, industriales y civiles, que son los réditos, pensiones é intereses de acciones, giro, y negociacion, de cualquiera clase que sean. No solo pueden llevarla la madre, hermanos y demas consanguíneos del menor y los estraños, sino tambien su padre, cuando es tutor y administra bienes de él, de los que no le concede su usufructo el derecho. Tambien deben llevarla el guardador del fátuo, loco ó mentecato y pródigo declarado, el del póstumo y el hijo nombrado curador de su padre ó madre furiosos, la cual se les debe desde el dia en que saben que están nombrados, siéndolo puramente, y si lo son con condicion, desde el en que ésta se verifica, con tal que administren fielmente. No corresponde décima al tutor ni al curador del Rey, Magnate y otras personas poderosas que tienen rentas pingües; ni al curador de bienes del ausente, cautivo ni difunto, á todos los que se asigna el correspondiente salario: ni al curador de cierta cosa; ni al que ignorando la tutela, administra solamente como amigo, ni tampoco al que lo es para pleitos, porque no administra; advirtiéndose, que aunque sean muchos los tutores ó curadores, no deben llevar mas que una décima, la cual se ha de repartir entre todos, á proporcion de su trabajo, ó segun se convenga. No se debe exijir décima de los bienes patrimoniales del menor, ni de los partos de las siervas, ni del aumento que sobreviene á los predios, ni del tesoro hallado en la casa del pupilo, ni de lo que se dona á éste, ni de lo que él gana con su arte, oficio ó industria, ni de los réditos ilícitos, ni de los frutos del beneficio ó capellanía eclesiástica que goza, salvo que el padre hubiese locado el beneficio; ni tampoco la llevarán íntegra de los frutos maduros y pensiones pendientes y vencidas cuando

TÍTULO XXIII.

DE LA CURATELA Y CURADORES.

SUMARIO.

1 Qué es curatela ó curaduría?
2 Diferencias que hay entre el tutor y el curador.
3 Cuantas especies hay de curatela.
4 Primera especie de curatela dativa.
5 De la vénia de edad y requisitos para obtenerla.
6 No la necesitan para administrar sus bienes, los maridos mayores de 18 años.
7 Los indios, aunque sean mayores, son tenidos como menores en la enagenacion de sus bienes.
8 Segunda especie de curatela dativa.
9 Se puede nombrar curador á los perpetuamente enfermos, ausentes ó impedidos.
10 Quiénes pueden dar curador y quienes ejercer este encargo.
11 Causas por qué se acaba la curatela
12 Acciones que competen á los curadores y menores recíprocamente.

CASI todo lo que se ha dicho hasta aquí pertenece à la tutela: síguese ahora tratar de la curatela. Esta es: *una potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos* (1). Se dice *una potestad*, no con derecho de adquirir para sí, como la que tiene el padre en

empieza la tutela ó curaduría, sino á prorata segun su trabajo. La décima debe pagarse en los mismos frutos, y no sacarse de cada cosa, sino á arbitrio de buen varon, atendiendo á su cualidad y á si admite ó no cómoda division; y finalmente, para la computacion de la décima, no han de bajarse las cargas anuales con que están gravados los bienes del menor, lo cual procede tambien con los gastos de pleitos, derechos de cartas de pago y otros semejantes que son indispensables para defender su hacienda; ménos cuando el menor tiene que pagar cada año alguna cuota de los mismos frutos, pues en este caso se deducirá la quota ántes que la décima, porque no es del menor.

(1) Ll. 12. y 13. tít. 16. Part. 6.

sus hijos, el señor en sus siervos; sino directiva, como la que compete á todos los administradores de las cosas agenas. Porque así como el tutor cuida de la persona del pupilo, y por eso su oficio es una fuerza y potestad para educarlo y defenderlo, así la curatela es una potestad de administrar las cosas y bienes. Se añade, *de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos*, para denotar que los curadores se dan á los que en realidad son personas, esto es, á los mayores de 14 años; pero que por algun otro impedimento no pueden cuidar de sus cosas. Tales son los menores de 25 años, los furiosos, pródigos, perpetuamente enfermos y ausentes (2).

2—De esta definicion nacen las diferencias que hay entre el tutor y el curador: 1.ª El tutor se dá primeramente para la persona, y secundariamente para las cosas: 2.ª Hablando con rigor y propiedad se dice que el tutor interpone autoridad, porque es necesario que aumente y complete la persona del pupilo y supla el defecto de la impubertad; pero como nada falta á la persona de los púberes, se dice que el curador presta consentimiento, no que interpone autoridad: 3.ª Al que tiene tutor no se le puede dar otro, pero sí curador (3). V. g., si nace pleito entre el pupilo y el tutor, ó si éste se enferma ó ausenta: 4.ª El tutor se dá al pupilo aunque no lo quiera (4); pero el curador no se dá al menor si no lo pide, escepto en los pleitos, para los que precisamente se le debe nombrar (5). Ultimamente, el curador se puede dar para un acto ó co

(2) Ley 13. tít. 16. P. 6. y en ella Gregorio Lopez núm. 1.—(3) Dicha ley 13.
(4) Ley 1. tít. 16. Part. 6.—(5) Dicha ley 1.

sa sola; pero el tutor ha de ser para la persona y todos los negocios del pupilo (6) (ae).

3—Veamos ahora cuantas especies hay de curatela. La tutela dijimos que era, ó testamentaria, ó legítima, ó dativa; pero toda curatela, hablando con propiedad, es dativa (7). Es verdad que suele darse á los furiosos ó mentecatos por curador á algun pariente suyo cercano; pero á ninguno de éstos corresponde la curatela por ministerio de la ley, sino por nombramiento del juez. Tampoco debe haberla testamentaria (8). La razon que motivó esta disposicion antiguamente, fué que parecia absurdo que el padre dispusiese de la curatela en un tiempo en que el hijo se hallaba en estado de otorgar testamento. A la manera, pues, que la sustitucion pupilar cesa con la pubertad, porque el padre no puede dar derecho á su hijo en un tiempo en que éste puede testar é instituir heredero, de la misma manera, solo puede dar tutor para el tiempo que precede á la pubertad; pero no curador para despues de ella, porque entónces el hijo es capaz de testar, y así se juzgó que la provision paterna no debia, llegar hasta allà. No obstante, aunque la curatela no se debe dejar en testamento, si el padre la deja á su

(6) La citada ley 1.

(ae) Aunque es constante que el curador se puede dar para un acto ó cosa sola, y que el tutor ha de ser para todo y no para cierta cosa, se esceptúa no obstante, el caso de la aceptacion de herencia, y el de que se moviese al pupilo pleito de servidumbre, para lo cual se le nombraría tutor que defendiese su persona y bienes: Ley 1 tít. 16 Part. 6 y Tapia *Febrero novis.* lib. 1 tít. 4 Cap. 2 n. 1.

(7) Ley 12. tít. 16. Part. 6.

(8) Ley 13. tít. 16. Part. 6.

hijo, debe confirmarla el juez, si el curador le parece á propósito para evacuar su encargo. Podemos, pues, decir que toda curatela es dativa, porque siempre toma su fuerza del nombramiento ó aprobacion del juez; y de lo dicho en la definicion inferimos que tiene lugar: 1.º en los menores de edad: 2.º en los furiosos y mentecatos: 3.º en los pródigos; y 4.º en los perpetuamente enfermos, ausentes ó impedidos.

4—La primera especie de curatela dativa, es la que se da á los menores de 25 años, en consideracion á que por falta de edad no están aptos para tomar la libre administracion de sus bienes (9). Es verdad que ninguno que haya llegado á la pubertad debe ser compelido á recibir curador sino para los negocios judiciales (10); pero tampoco puede siendo menor tratar y contratar sin tenerlo. Deben, pues, todos pedirlo y nombrarlo; siendo idóneo el que eligieren, debe ser confirmado por él juez. El medio que se ha juzgado mas oportuno para que lo pidan, es no dar por concluida la tutela ántes de que tengan curador, privando de la administracion de sus bienes á los que no lo tienen. De esta suerte se verifica que no se dá curador sino á los que lo quieren, y que se dá á todos los menores (af).

(9) Ley 13. del mismo tít.—(10) Dicha ley 13.

(af) Debe tenerse presente, que en las causas espirituales y beneficiales, los púberes se tienen y reputan como mayores, y así en unas y otras, si no tienen padre, pueden comparecer por sí en juicio y constituir procurador con especial mandato ó poder para cada una, por no ser bastante el general, lo cual no se permite á los pupilos; y es de advertirse que el curador *ad litem*, pedido simple y generalmente para los pleitos y causas

5—De esta regla se esceptúan los que obtienen del Supremo Consejo vénia de edad, ó habilitacion para administrar sus bienes sin necesidad de curador. Para impetrar esta licencia ó facultad, se requiere en el varon la edad de 20 años, y en la muger de 18; y que unos y otros acrediten con informacion judicial que son habiles para la admistracion y manejo de sus cosas. Despues de impetrada, es necesario que se presenten con ella al juez de su domicilio para, que le conste estar habilitados ó dispensados, y evacuar lo que por el Consejo se ordene en ella. Verificado esto, queda el menor exento de la potestad de su curador, y puede otorgar cualesquiera contratos y comerciar del modo que quiera, quedando eficazmente obligado (11). Pero no obstante la vénia, conservan los menores el beneficio de la restitucion (12). Y como no se estiende á mas que á la administracion, si no es que se esprese, no pueden vender ni gravar sus bienes raíces sin licencia del juez, ni hacer otras cosas

que ocurran al menor, debe ser dado por el juez del domicilio, por razon de su orígen ó habitacion; pero si el menor lo pide para la que ya está principiada ó movida, lo ha de ser por el que entiende en ella: que dicho curador puede otorgar y autorizar con su menor las obligaciones y otros contratos de éste que se originen por incidencia ó ejecucion del pleito, y tambien los que sean antecedentes para él, si no tiene tutor ó curador *ad bona;* y que el curador para pleitos puede ser removido y revocado en cualquier tiempo, porque se equipara al procurador ó apoderado, lo cual no se puede hacer con el que administra los bienes, ni con el tutor, sin causa probada.

(11) Auto acord. 26. tít. 5. lib. 3. Rec. de Cast. L. 7. tít. 5. lib. 10. Nov. Rec.

(12) Arg. de la ley 207. del Estilo y 5. tít. 11. P. 5.

que están permitidas solamente á los mayores de 25 años (13) (ag).

6—Se esceptúan tambien los mayores de 18 años, casados, á quienes se les concede que puedan administrar sus bienes, y los de sus mugeres sin ne-

(13) Feb. Ref. primera parte, cap. 28. núm. 38.

(ag) Sobre esta materia, la Asamblea Nacional Constituyente, en su Decreto de 18 de agosto de 1823, dispuso lo que sigue: 1.º Los gefes políticos superiores, oyendo el dictámen de las diputaciones provinciales, podrán habilitar para la administracion de sus propios bienes, á los menores de 25 años y mayores de 20, que acreditaren suficientemente su idoneidad y buena conducta: 2.º Para la comprobacion de estas calidades con arreglo á las leyes, se instruirá espediente ante los alcaldes constitucionales, y con informe de la Municipalidad respectiva, ocurrirán los interesados, por medio del gefe político subalterno, al superior de la provincia, para los efectos espresados en el artículo anterior: 3.º Los menores que obtengan dicha habilitacion, se reputarán como mayores de 25 años, en todo lo respectivo á la administracion de sus bienes. El Decreto de 8 de octubre de 1824, esplicando el anterior, declara: que la facultad concedida á los gefes politicos, corresponde al Gefe del Estado, quien la ejercerá en los casos que ocurran, con solo el dictámen de las Municipalidades de los pueblos á que pertenezcan los interesados; y en Orden de 10 de setiembre de 1841, se estableció: que las Municipalidades, para cumplir con lo que se previene en el artículo 2.º de la ley de 18 de agosto de 1823, deberán tomar informes y noticias privadas, y podrán asimismo mandar seguir de oficio, las informaciones oportunas, á fin de asegurarse de que el interesado que solicita la gracia es acreedor á ella, y de que no será perjudicado por el hecho de obtenerla; bajo el supuesto de que los documentos que se presenten por los solicitantes, por sí solos no son bastantes para que en su virtud se evacúe el informe como mera formalidad.

cesidad de vénia (14); pero tampoco éstos quedan privados del beneficio de la restitucion cuando hayan sido dañados, ni pueden vender sus bienes raices sin decreto del juez.

7—Por el contrario los índios, aunque sean mayores de 25 años, los reputa el derecho como menores en la enagenacion de sus bienes. La razon es, porque su estupidez é ignorancia hace temer que sean engañados facilmente. Para evitar, pues, cualquiera daño que les pueda resultar, se dispone: que cuando los índios hayan de vender sus bienes, sean raices ó muebles, se pongan á pregon en almoneda pública, á presencia de la justicia; los raices por término de 30 dias, y los muebles por nueve; y lo que de otra forma se rematare, sea de ningun valor ni efecto. Pero si al juez pareciere que hay justa causa para abreviar el término, en cuanto á los muebles, lo puede hacer. Esta disposicion tiene lugar cuando el valor de los bienes escede de 30 pesos; porque si fuere ménos, bastará que el vendedor índio parezca ante algun juez ordinario á pedir licencia para hacer la venta; y constándole por alguna averiguacion que es suyo lo que vende, y que no le es dañosa la enagenacion, le dará su licencia, interponiendo su autoridad en la escritura que se otorgue (15).

8—La segunda especie de curatela dativa, es la de los furiosos y mentecatos (16). A estos, aun repugnándolo, se les dá curador, porque la falta total de juicio los hace incapaces de la administra-

(14) Ley 14. tít. 1. lib. 5. Rec. de Cast. L. 7. tít. 2. lib. 10. Nov. Recop.

(15) Ley 27. tít. 1. lib. 6. Rec. de Ind.

(16) Ley 13. tit. 16. Part. 6.

cion de sus bienes. Como los pródigos, en el efecto no distan mucho de los furiosos, por no saberse conducir como sensatos y cuerdos, los ha equiparado el derecho, y así como previene que se dé curador á éstos, se debe dar tambien á aquellos; porque donde milita la misma razon, debe tener lugar la misma disposicion del derecho (17). Pero es necesario hacer distincion entre pródigos moral y jurídicamente tales. Los primeros, son todos aquellos que ninguna economía observan en los gastos, de suerte que dilapidan sus bienes. En este sentido no se toma aquí la palabra; porque si á todos los pródigos de este género se hubiese de dar curador, se encontrarian muchos á quienes sería muy conveniente nombrárselo. Pródigos jurídicamente son los que el juez, con conocimiento de causa, ha declarado tales, y en su consecuencia les ha prohibido que administren sus bienes. A estos únicamente se les debe nombrar curador, ya sea pariente suyo, ya estraño; y verificado esto, á nada pueden obligarse sin su consentimiento, como si fueran menores (18).

9—Finalmente, se puede nombrar curador á los perpetuamente enfermos, ausentes ó de otra manera impedidos (19); porque en todos estos tiene lugar la razon fundamental de la curatela, que hemos dado en la definicion (ah).

(17) Ley 5. tít. 11. Part. 5.
(18) Dicha ley 5.
(19) Ll. 1. tít. 2. Part. 3, y 13. tít. 16. Part. 6.
(ah) Ademas de los curadores que se dan por razon de la edad y de la incapacidad, hay otros nombrados, como se ha indicado, para la defensa de los bienes de un ausente que los ha dejado abandonados, y para los de la herencia yacente, á quienes comunmente se dá el nombre de *defensores*: Ley 12 tít. 2 Part.ª 3.

10—Pueden dar curadores, los mismos jueces que dan tutores, y pueden ejercer este cargo todos los que son hábiles para ejercer el de la tutela, y por tanto aun los hijos de familia, como sean mayores de 25 años. Pero no podrá ser obligado á que reciba la curatela, el mismo que fué tutor del pupilo (20); y la razon es, porque sería cosa incivil gravar á un amigo con una doble carga. No obstante, en el dia está recibido, que el que fué tutor continúe en la curatela hasta la mayor edad.

11—Se acaba ésta, por parte de aquel á quien se ha dado curador, siempre que cesa la causa porque se dió. Por ejemplo, cesando la locura, cesa la curatela del loco: cesando la prodigalidad, enfermedad ó menor edad, cesa la de los pródigos, enfermos ó menores, siendo principio constante, que cesando la causa debe cesar el efecto. Por parte del curador se acaba, por escusa legítima que pruebe: v. g., que tiene necesidad de ausentarse del lugar. Lo mismo debe decirse cuando por no administrar con fidelidad, es removido como sospechoso (21). Pero de estos dos modos tratarémos en los últimos títulos.

12—Acabada la curatela, competen al menor contra su curador, y á éste contra aquel, las mismas acciones que dijimos tener el pupilo contra su tutor, y éste contra el pupilo [*].

(20) Ley 3. tít. 17. Part. 6.
(21) Ley 21. tít. 16 Part. 6.
[*] Esta accion de la curatela se llamaba *útil* en las leyes de los romanos. La razon era, porque todas aquellas acciones que nacian inmediatamente de las palabras de la ley, se llamaban *directas*, y las que los jurisconsultos deducian por interpretacion tomada de la razon de la ley, se decian *útiles*. Ahora, pues, como las leyes

Título XXIV.

DE LAS FIANZAS QUE DEBEN DAR LOS TUTORES Y CURADORES.

SUMARIO.

Hasta aquí hemos tratado de la tutela y curatela separadamente. Síguense ahora algunas cosas que son comunes á los tutores y curadores. Estas son las fianzas, las escusas, y el crímen de sospechoso, que son la materia de los títulos restantes.

2—Aunque todas las cauciones tienen por objeto que los acreedores no sean facilmente defraudados de sus créditos; no obstante, hay muchos casos en que no se puede admitir otra, sino la *fideiusoria*. Tal es el de los tutores y curadores, á los que, no afianzando con bastante seguridad, no se les debe discernir la tutela ó curaduría; es nulo cuanto ejecuten, y se les puede privar de la administracion. La principal razon de esto es, porque es indeterminada la cantidad á que puede ascender

de las doce tablas solo habian hecho mencion de la accion de la tutela, sin hablar nada de la de la curatela, juzgaron los jurisconsultos que aquella misma podia acomodarse á los curadores, porque donde hay la misma razon, debe haber la misma disposicion de derecho. Entre nosotros no se necesita de esta accion útil, porque tanto la de tutela como la de curatela se hallan espresas en la ley 21. tít. 16. Part. 6, que con el nombre de *guardadores* entiende á los tutores y curadores.

el daño que el tutor ó curador cause al pupilo; luego si diese prendas que valiesen, v. g., cinco mil pesos, y despues al tiempo de las cuentas se advirtiese un descubierto de diez mil, habria sido inútil al pupilo la caucion *pignoraticia*. Son, pues, absolutamente necesarios los fiadores para que prometan y aseguren, que en todo evento estará salva la hacienda del pupilo.

3—Con lo dicho se viene fácilmente en conocimiento de la razon por qué se han inventado éstas fianzas. La primera, porque aunque el tutor se dá principalmente para la persona, no obstante, administra los bienes del pupilo, y el curador se dá principalmente para las cosas. Siendo, pues, regla general que todos los que administran cosas agenas, deben dar cuentas y afianzar, se sigue que es muy justo que los tutores y curadores tengan la misma obligacion. A esto se añade la especial conmiseracion de que son dignos los huérfanos, porque importa á la república que aquellos que se hallan desamparados y destituidos de todo socorro, tengan seguros sus bienes por la vigilancia de los magistrados. Todo esto no se podria conseguir sino afianzando los tutores y curadores.

4—Pero como no todos indistintamente estén obligados á ello, se hace preciso investigar cuáles son los que deben prestar esta caucion, y cuales no. Sobre este punto estableceremos un axioma general, del cual se deducen algunas conclusiones especiales. Este es: *que todos los tutores y curadores, en quienes cabe alguna sospecha, están obligados á afianzar*. Se hará claro este axioma teniendo presente el fin de esta caucion, el cual, segun ya hemos notado, es el de que los bienes del pupilo estén seguros así de lá malicia como de la negligencia del administrador:

luego si ningun peligro se teme de que el tutor ó curador defraude al pupilo, ó le cause daño en sus bienes, cesando la causa, debe tambien cesar el efecto, que es la fianza, De este axioma inferimos: 1.º quienes no dan fianzas: 2.º los que están obligados á darlas.

5—No tienen obligacion de afianzar los tutores dados en testamento, sean ó no confirmados por el juez (1). La razon es, porque el padre, por el hecho mismo de nombrarlos, da una prueba bastante de estar plenamente informado de la probidad de aquel que dá por tutor á su hijo, y de que está satisfecho de su fidelidad y diligencia en el cuidado y administracion de la persona y bienes del huérfano. No teniendo, pues, lugar en éstos sospecha alguna, segun nuestro axioma, deben estar libres de la obligacion de afianzar.

6—Por el contrario se infiere, que están obligados á dar fianzas: 1.º todos los legítimos, aunque sean la madre y la abuela (2). La razon es, porque éstos ni son nombrados por el testador ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la ley, y no por mas diligentes, sino por parientes mas cercanos; por tanto en ellos tiene lugar cualquiera sospecha, y conforme á nuestro axioma, deben afianzar (ai): 2.º todos los curadores y tutores da-

(1) Ley 9. tít. 16. Part. 6. y en ella Gregorio Lopez núm. 5.

(2) Ll. 94. y 95. tít. 18. Part. 3. y 9. tít. 16. Part. 6.

(ai) Aunque la obligacion de dar fianzas seguras y saneadas comprende á los guardadores legítimos, basta que la madre y la abuela las den *en cuanto puedan*, pues por el amor que profesan á sus hijos y nietos, y porque les han de dejar su hacienda, presume el derecho que léjos de disiparles su patrimonio, se lo conser-

dos por los jueces ordinarios (3), así porque no suelen tomarse todos los informes necesarios acerca de su conducta y habilidad, como porque no residen en ellos facultades para eximirlos de las fianzas. La práctica es, que aun á los que se dan por los tribunales supremos se les mande afianzar, si no es que las circunstancias recomendables del tutor ó curador hagan que se le dispense esta formalidad: 3.º tambien están obligados a afianzar, aun los testamentarios que se ofrecen á la administracion (4); porque se presume que no se ofrecerian, sino esperáran lucro: el que tiene esta mira en los bienes del pupilo, dá lugar á sospecha; luego debe afianzar (aj).

7—Hemos visto ya de qué principios se deduce la obligacion de dar fianzas y quiénes las dan. Veamos ahora en qué forma se deben dar. Por fianza entendemos, una seguridad que resulta de obligarse

varán y aumentarán; por cuyos motivos se las ha de tratar con indulgencia y no pedirles fianzas tan cuantiosas como á los demas parientes, sino las que buenamente puedan: Tapia lib. 1 tít. 4 cap. 3. n. 3.

(3) Arg. de la ley 12. tít. 16. Part. 6.

(4) Ley 11. tít. 16. Part. 6.

(aj) Ademas de este caso, en que el tutor testamentario debe afianzar, hay otros dos en que tambien está obligado á hacerlo: 1.º Cuando el tutor es de mala fama, y no lo conoce el testador, pues á saberlo no es creible que lo hubiera elejido, y así no está el juez en el deber de seguir su voluntad, pues debe evitar que el menor sea defraudado; y 2.º cuando son nombrados muchos en testamento, y uno de ellos quiere administrar por sí solo, en cuyo caso está obligado éste á dar fianzas á los contutores de la indemnidad del pupilo y de ellos; escepto que el testador le hubiese conferido especialmente la facultad para la administracion: Tapia lib. 1 tít. 4 cap. 3. n. 3.

á satisfacer por el principal, otros á quienes llamamos fiadores. De donde se infiere, que estando los tutores y curadores obligados á afianzar, deben dar fiadores abonados, que prometan satisfacer en falta suya, así todo el alcance que resulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños que por su culpa ó negligencia irroguen al pupilo (5). Pero siendo mejor precaverlos que resarcirlos despues de causados, previene el derecho que no se discierna la tutela ó curaduría, sin que el nombrado se obligue, interpuesta la religion del juramento, á cumplir fiel y legalmente su oficio, procurando en todo el bien y utilidad del huérfano, y evitando todo lo que pueda ser en perjuicio suyo (6) Asimismo, que haga inventario formal y específico de todos los bienes, muebles y raices correspondientes al pupilo o menor; porque de otra suerte no se le podrian tomar cuentas, ni hacerle efectiva la responsabilidad (7) (ak).

8—El efecto que producen las fianzas que hemos

(5) Ley 94. tít. 18. Part. 3.
(6) Ley 9. tít. 16. Part. 6.
(7) Ley 99. tít. 18. Part. 3.
(ak) Este inventario debe ser solemne y circunstanciado, comprensivo de todos los bienes del huérfano, y una vez hecho no admite ya contradiccion, segun las leyes 2 tít. 7 lib. 3 del Fuero Real y 120 tít. 18 Part. 3. Las leyes no prefijan tiempo para formarle, y solo mandan que se formalice por los guardadores lo mas breve que puedan; pero consideran como sospechoso al que sin justa causa le omite ó tarda mucho tiempo en hacerlo: ley 15 tít. 16 Part. 5. Mas la práctica, para evitar fraudes, ha introducido prudentemente la costumbre de que, al hacerse cargo de la administracion los guardadores, se les entreguen por inventario los bienes, y que se obliguen á su responsabilidad en el instrumento que otorguen.

dicho deben dar los tutores y curadores es, que concluida la tutela y curaduría resulten á favor del pupilo ó menor, tres acciones para recobrar sus bienes. La 1ª, que es la accion de tutela, la intenta contra los tutores en cuyos bienes tiene tácita hipoteca, y contra sus herederos para que le den cuentas y restituyan lo existente (8). 2.ª Si con esta accion no consigue de los tutores su cosa, la tiene tambien contra los fiadores y sus herederos, cuyos bienes le deben estar espresamente hipotecados, para que le resarzan el daño, ó pérdida causada por el tutor (9). 3.ª Si los fiadores estan insolventes, y por tanto no puede el pupilo recobrar de ellos sus bienes, en este caso recae la culpa en el juez que admitió fiadores poco abonados, y se dá contra él la accion subsidiaria (10), para obligarlo á resarcir todos los daños ocasionados por su descuido en la recepcion de las fianzas. Pero esta accion es de poco uso, y no se debe esperar de ella mucha utilidad: 1.º Porque siempre milita por el juez la presuncion de diligencia, miéntras no se pruebe lo contrario, y esta prueba es bastante difícil por lo comun: 2.º Porque quedará libre el juez mostrando que en el tiempo en que se obligaron los fiadores eran idóneos, y que despues quebraron, lo que sucede frecuentemente: 3.º Porque, aun hablando en general, la prudencia dicta que es peligroso mover pleito á los magistrados.

(8) Ll. 23. y 26. tít. 13. Part. 5. y 21. tít. 16. Part. 6.
(9) Ll. 94. tít. 18. Part. 3. y 21. tít. 16. Part. 6.
(10) Feb. *de invent.* lib. 1. cap. 1. §. 2. núm. 77.

TÍTULO XXV.

DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 Por qué se permite escusarse á los guardadores?
3 Qué es escusarse y cuántas especies hay de escusa.
4 Subdivision de las escusas voluntarias.
5 Quiénes se escusan por privilegio?
6 Quiénes se escusan por impotencia.
7 Quiénes por peligro de la fama.
8 Quiénes tienen escusa necesaria?
9 Ante quién y de qué modo se deben proponer las escusas.

Ademas de la obligacion de afianzar, es comun á los tutores y curadores la facultad de escusarse. Verémos, pues, en este título: primero, porqué se les concede que se escusen; y segundo, cuantas clases hay de escusas.

2—Se conceden á los tutores y curadores algunas escusas, porque segun hemos dicho ya, tanto la tutela como la curatela, son un cargo público personal, que están obligados á admitir todos los ciudadanos. A la manera, pues, que hay justas causas que sirvan de escusa para no servir otros cargos públicos, es muy puesto en razon que las haya tambien para no admitir la tutela y curatela (al).

3—Segun lo dicho, escusarse en nuestro derecho, *es alegar una causa justa, por la cual no está alguno obligado, ó no puede admitir el cargo que se le encomienda* (1). De aquí se deduce fácilmente de cuantas maneras son las escusas. Se dividen 1.º en *voluntarias*, que alegadas aprovechan: v. g., el

(al) Es de advertirse que, respecto de la madre y la abuela, la tutela es permisiva y no coactiva, por cuya razon se llama *anómala*, irregular y estraordinaria.

(1) Ley 1. y siguientes tít. 17. Part. 6.

número de hijos. Si esta causa se alega servirá de escusa; pero si no, aun el padre de muchos hijos sera obligado á recibir la tutela. Y 2.º en *necesarias*, que aunque no se opongan, impiden el ejercicio de la tutela: v. g., el pleito con el pupilo, del cual, si se tiene noticia, no discierne el juez la tutela al tutor, aunque él la quiera admitir.

4—Las escusas voluntarias, se subdividen en tres especies: 1ª En unas que se admiten por razon de privilegio: 2ª En otras por razon de impotencia: 3ª En otras por peligro de la fama.

5—Por privilegio se escusan: 1º Los que tienen cinco hijos naturales, no adoptivos, legítimos, no espúrios, vivos ó muertos en la guerra; porque los que dan la vida por la patria se tienen por vivos en la fama (2): 2º Los embajadores y otros ausentes por causa de la república, durante su ausencia; pero restituidos á su patria deben continuar en la tutela recibida, y hasta despues de un año, contado desde el dia de su regreso, no se les puede obligar á tomar otra (3): 3º Los jueces que están en actual ejercicio; pero el que hubiese recibido la tutela ántes de serlo, no se puede despues escusar por esta razon (4): 4º Los maestros de gramática, retórica, dialéctica y medicina, que por mandado del Rey enseñan en su patria ó fuera de ella (5): 5º Los doctores en leyes, que son jueces ó consejeros, y los caballeros y soldados que residen en la corte, ó en otro lugar para utilidad del público (6): 6º Los reciencasados, desde el dia que contrajeron matrimonio, hasta cuatro años despues (7): Ultimamente,

(2) Ley 2 tít. 17 Part. 6.—(3) Dicha ley 2.—(4) Idem.
(5) Ley 3 tít. 17 Part. 6.—(6) La misma ley 3.
(7) Ley 14 tít. 1 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 7 tít. 2 lib.

tienen en España privilegio para escusarse de la tutela y curaduría, todos los que tengan doce ó mas yeguas de vientre propias, ó tres caballos padres por tres años contínuos (8). Pero la abundancia de caballos que hay en la América, no ha permitido que se estienda a ella este privilegio.

6—2º Por razon de impotencia se escusan todos aquellos que no estàn á proposito para admin strar la tutela, no obstante que sean hombres de probidad; de otra suerte su escusa sería necesaria, y ni en el caso de que condescendiesen serían admitidos. Tales causas son: 1ª Tener actualmente tres tutelas (am): 2ª La pobreza que obliga á vivir del trabajo personal: 3ª La enfermedad, pero no cualquiera, sino la crónica que no dá esperanza de sanidad, y hace al hombre inútil para el manejo, aun de sus propios intereses: 4ª Se escusan tambien los ignorantes de leer y escribir; porque son inhábiles para llevar cuentas con exactitud. Pero si la tutela fuese de fácil desempeño y ellos industriosos, no habrá dificultad en admitirlos. Ultimamente, el mayor de 70 años.

7—3º Por razon de peligro en la fama, se puede escusar el que movió pleito al padre del pupilo sobre servidumbre, ó al contrario; el que tiene que demandar á éste sobre su herencia ó parte de ella, y el que tuvo enemistad con su padre y no se recon-

10 Nov. Rec.

(8) Real cédula de 8 de setiembre de 1789 art. 3, y ley 3 tít. 17 lib. 6 Rec. de Cast. Ley 3 tít. 29 lib. 7 Nov. Recop.

(am) Pero esta escepcion no aprovecha al padre para no admitir la de su hijo, y así aunque tenga las tres, puede ser compelido á su admision; ni tampoco al que tiene dos tutelas y una curaduría de bienes juntamente, le puede eximir de la cuarta tutela ó curaduría.

cilió (9). Podria parecer esta escusa opuesta á la caridad cristiana, y que las leyes fomentan el odio que condena la ley de Jesucristo. Pero no es este el fin que se ha propuesto el derecho, sino que concede escusa à los nombrados en este caso por consultar a su fama. Porque si éstos fuesen obligados á admitir la tutela, se creería facilmente que iban á aprovecharse de la ocasion para vengar su odio en el pupilo. Para evitar, pues, el deshonor que les podian causar estas sospechas y conservarles su fama, les permite la ley que se escusen, si lo juzgan por conveniente (10).

8—Hemos visto ya las escusas voluntarias, que libran del cargo de la tutela, si se alegan: síguense las necesarias, que aunque no se opongan, sirven de impedimento para ejercerla. Tiene escusa necesaria: 1º El loco, fátuo ó mentecato: el mudo, sordo y ciego total. Porque aunque todos estos, si son nombrados en testamento, no son removidos del cargo, sino que mientras dura su impedimento se dá otro tutor (lo que tambien se verifica en los menores de 25 años); con todo, no son admitidos á la administracion de la tutela, si no dejan de ser locos, sordos, ciegos ó menores, porque no pueden ser tutores los que por la necesidad que tienen de la direccion de otros, están en curatela: 2º El mismo género de escusa tiene el administrador de rentas reales: 3º El soldado, miéntras esta empleado en el real servicio (an): 4º El sacerdocio, y el estado

(9) Ley 2 tít. 17 Part. 6.—(10) Dicha ley 2.

(an) Téngase presente, que el artículo 3 º tít. 1.º tratado 8 º de la Ordenanza general del Ejército dice: *A los oficiales y soldados que estuvieren en actual servicio, no podrán las justicias de los parages en que residieren, apremiarlos á tener tutelas contra su voluntad.* Y

religioso, son tambien impedimentos para el ejercicio de la tutela. Pero á los clérigos seculares, escepto los obispos, solo se les prohibe ser tutores testamentarios y dativos, mas no legítimos. La razon de esta disposicion ha sido, que los dedicados al culto divino, no sean impedidos de sus oficios y ocupaciones piadosas, por el manejo de negocios temporales (11). Ultimamente, por las leyes de Partida, se escusaba necesariamente el marido de la curaduría de su muger menor; pero por derecho del dia, no solo no está impedido, sino que espresamente se concede que sea administrador de sus bienes (12) (ao).

9—Resta solamente esplicar ante quién y de qué modo se deben proponer las escusas, y el tiempo que debe durar este juicio. Todos los tutores y curadores que se hallan con justa causa para no admitir el cargo que se les encomienda, deben alegar y probar sus escusas ante el juez competente, y como éstas se proponen por modo de escepcion, deben alegarse en este concepto como muchas otras (13). Deberán para ello presentar el pedimento al juez dentro de cincuenta dias, contados desde el en que

como de aquí se infiere, que con su voluntad pueden aceptarlas, resulta que su escusa pertenece mas bien á la clase de las voluntarias por impotencia.

(11) Leyes 4 y 14 tít. 16, y 2 tít. 17 Part. 6.

(12) Ley 14 tít. 1 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 7 tít. 2 lib. 10 Nov. Recop.

(ao) Tampoco pueden ser tutores el excomulgado de excomunion mayor; el que mudó su condicion, v. g. si de rico vino á pobre, que aunque sea nombrado por el padre, no debe confirmarlo el juez; y el fiador del deudor del pupilo.

(13) Arg. de la ley 9 tít. 3 Part. 3, y ley 1 tít. 5 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 7 lib. 11 Nov. Rec.

tuvieren noticia del nombramiento, si no dista mas de cien millas del lugar de su residencia (ap). Pero si escediere de ellas la distáncia, tienen de término un dia mas por cada veinte millas de esceso, y treinta despues de ellos. El espediente que se instruya acerca de la admision de la escusa, se debe finalizar dentro de cuatro meses, contados desde el dia en que se comenzó; pero si se sintiere agraviado por la sentencia el que se escusa, puede apelar al superior (14) (aq).

(ap) Tres millas hacen una legua; y ésta, segun la real órden de 20 de enero de 1801, ha de ser de 20 mil piés, y se usará en todos los casos en que se trate de ella, sea en caminos reales, en los tribunales y fuera de ellos. El pié es el tercio de la vara y se divide en diez y seis dedos.

(14) Ley 4 tít. 17 Part. 6.

(aq) No escusándose dentro de dicho término, es visto haber aceptado el cargo, segun la ley 4 tít. 17 Part. 6; y en caso de apelacion, si el tribunal de alzada desechase la escusa, ademas de ser apremiado el tutor á recibir el cargo, será condenado en los daños y perjuicios seguidos al pupilo ó menor, desde el dia en que supo el nombramiento hasta la ejecutoria: ley 8 tít. 23 Part. 3.



TÍTULO XXVI.

DE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS.

SUMARIO.

1 A quiénes se llama tutores y curadores sospechosos;
2 Qué es accion de sospechoso?
3 Quiénes pueden intentar la acusacion contra los guardadores sospechosos?
4 Quiénes pueden ser acusados como sospechosos?
5 No bastan las fianzas para impedir la remocion de éstos.
6 Cuál es el fin de tal acusacion.
7 En qué casos cesa dicha acusacion?

Se llaman *sospechosos, todos aquellos tutores ó curadores que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debida* (1). Por este concepto se graduará de sospechoso aquel tutor ó curador que se versa mal en los bienes de su menor, disipándolos en juegos y otros malos usos, educando mal al pupilo, vendiendo las fincas ó gravándolas con censos, ya haga estas cosas por dolo ó por culpa, tenga ó no facultades con qué restituir los daños que cause (2). Porque así como la pobreza por sí sola á ninguno hace sospechoso, si por otra parte es un hombre de probidad y de industria, así tampoco las riquezas, si no están acompañadas de buena conducta, pueden por sí solas romover la sospecha que ocasionan los indicios del mal proceder. Es verdad que podria juzgarse que un tutor rico no debe ser acusado como sospechoso, porque aunque administre mal los bienes ó los disipe, tiene como resarcir el daño que cause al pupilo. Pero los jurisconsultos raciocinan de otra suerte, y conforme á aquel principio constante en derecho, *satius est intacta jura servare quam vulnerata causa reme-*

(1) Ley 1. tít. 18. Part. 6.—(2) Dicha ley 1.

dium quœrere, tienen por mejor que sea removido semejante tutor, que no esponer al pupilo al peligro de quedar en descubierto y al trabajo de conseguir la indemnizacion (3).

2—De lo dicho se infiere, que la accion de sospechoso, no es otra cosa que *una acusacion cuasi pública del tutor ó curador que no ha administrado con fidelidad, á efecto de que sea removido, y de que se le imponga la pena correspondiente* (4). Esta acusacion puede intentarse, ó civil ó criminalmente. En el primer caso, conspira solo á que el tutor ó curador sea removido de la administracion, dando cuenta con pago de los bienes y efectos administrados: en el segundo, á que se le castigue con pena arbitraria.

3—Siendo cuasi pública la acusacion del tutor sospechoso, se infiere claramente que puede hacerla cualquiera del pueblo (5). No se llama así porque se trate del castigo de un delito que sea público en rigor (pues la malicia é infidelidad de un tutor no tan inmediatamente daña la seguridad de la república, como la hacienda del pupilo, por lo que mas bien pertenece á las causas privadas), sino que tiene este nombre, porque aunque no tengan interes inmediato en esta causa, pueden entablar esta acusacion todos los del pueblo. La razon es, porque importa á la república que los bienes de los huérfanos y desvalidos estén seguros, y al efecto se estiende la facultad de acusar hasta las mugeres, aunque por principios generales de derecho, les está prohibido presentarse en juicio por otros y acusar. No obstante, hay algunas personas que están obli-

(3) La misma ley 1.
(4) Ll. 2. y 4. tít. 18. Part. 6.—(5) Dicha ley 2.

gadas á acusar á los tutores sospechosos, de suerte que omitiéndolo se harán dignas de reprension. Tales son los parientes inmediatos, y principalmente la madre del pupilo (6). Pero no lo puede hacer el mismo pupilo, porque los impúberes no tienen persona legítima para presentarse en juicio ni por sí, ni por otros. Mas siendo mayor de 14 años puede, con consejo y aprobacion de sus parientes, acusar á su curador (7). Finalmente, no habiendo quien acuse, y siendo claras las pruebas de la mala conducta del tutor, puede el juez removerlo de oficio, luego que le conste de su mal proceder (8) (ar).

4—Hemos visto quiénes pueden acusar á los sospechosos: síguese decir quiénes pueden ser acusados como tales. A esto responderémos, segun lo dicho en la definicion: *todos los que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debida*, ya sean testamentarios, dativos y aun legítimos. Esta es la regla en toda su generalidad; pero nuestro derecho especifica algunos casos, en los cuales los tutores y curadores pueden ser tenidos por sospechosos y removidos de su cargo. Los principales son: 1º Haber sido tutor ó curador de otro huérfano, y malversado sus bienes, ó enseñádole malas costumbres: 2º Haberse descubierto despues de nombra-

(6) Ley 2. citada.—(7) Dicha ley 2.—(8) Ley 3.

(ar) Están obligados á acusar al guardador la madre, abuela, hermana y ama que crió al menor, cuya obligacion se las impone por razon del mayor afecto que deben profesarle para evitar su daño y procurar su utilidad; siendo advertencia, que los parientes del mismo huérfano por su órden, son responsables, en subsidio, de la mala versacion y administracion del tutor y curador, si viéndola ó sabiéndola, no dan cuenta al juez para que se la quite: Tapia, lug. cit. cap. 4. n. 2.

dos, que eran enemigos del pupilo ó de sus parientes: 3º Negar delante del juez que tienen como suministrarle los alimentos, siendo falso: 4.º No haber hecho ántes de comenzar la administracion el inventario de los bienes que previene el derecho: 5º No defender al pupilo y sus bienes, así en juicio como fuera de él; y 6º tambien esconderse y no querer parecer cuando supieren que los habian nombrado por tutores ó curadores (9) (as).

5—No es suficiente para impedir la remocion, que el sospechoso ofrezca fianzas para la seguridad de la tutela (10). Porque, segun dijimos ya, mejor es conservar ilesos los bienes, que recobrarlos despues de perdidos. Mas aunque todo lo dicho sea constante en derecho, en la práctica no son removidos tan fácilmente los tutores legítimos, como los demas. La razon es, porque siendo éstos los parientes mas próximos del pupilo, y haciéndose infames por la remocion, esta infamia en cierta manera vendría á redundar en el mismo pupilo, principalmente si su madre ó su tio se declarasen infames. Por tanto, para evitar estos inconvenientes, no se suele remover al tutor legítimo, sino que se le añade otro con el nombre de curador que administre la tutela. De esta manera se consigue que el legítimo no malverse los bienes, y se le conserve la fama.

6—El fin de esta acusacion se deduce tambien de

(9) Ley 1. tít. 18. Part. 6.

(as) Puede tambien ser tenido como sospechoso y por consiguiente removido, el guardador que vende ó empeña, sin decreto judicial, algunos bienes de los que, sin que éste preceda, le está prohibido enagenar; y por privar al menor inconsideradamente, de alguna herencia, rennnciándola en su nombre.

(10) La misma ley 1. tít. 18. Part. 6.

la definicion dada. Ordinariamente se intenta para la remocion, y para que á arbitrio del juez pague los daños que haya causado al pupilo (11). El órden que en esto se debe observar es, que luego que se entabla la acusacion, y se contesta el pleito por el tutor, se le prohibe la administracion, a la cual llaman los prácticos *suspension*. No se remueve, pues, desde el principio, porque esta es ya una pena por la cual no se debe comenzar, sino que se le suspende, esto es, se le prohibe la administracion, y se nombra al pupilo un curador interino (12). Se sigue despues el conocimiento de la causa, de la cual aparece, ó que no ha obrado mal, y entónces se alza la suspension al tutor y se le absuelve, ó que no ha administrado con fidelidad, y en este caso se le remueve con infamia ó sin ella. Será removido con infamia, si se le prueba dolo ó culpa lata, y sin infamia si solo culpa leve (13). De este modo se procede por lo regular. Otras veces es castigado el tutor estraordinariamente: esto se verifica cuando aparece del proceso algun delito de mucha gravedad; v. g., que hubiese maquinado contra la vida del pupilo, y entónces se le impondrá la pena correspondiente. Esta acusacion se debe hacer ante el juez del lugar en que el menor tiene sus bienes, ó ante los tribunales supremos de las audiencias, por gozar los huérfanos del privilegio llamado *caso de corte* (14) (at).

(11) Ley 4. tít. 18. Part. 6.—(12) Ley 3.
(13) Ley 4.—(14) Ley 20. tít. 23. Part. 3.
(at) Entre nosotros no existe caso de corte, puesto que los pleitos y causas civiles y criminales, se entablan y siguen precisamente ante el juez de 1.ª instancia, ó ante los alcaldes, segun el interes que se ventila, ó naturaleza del hecho que se trata de averiguar.

7—Finalmente, cesa ó se acaba esta acusacion: 1° Por muerte del reo, cuando la causa no se ha sentenciado. La razon es, porque este juicio tiene por objeto la remocion del tutor con infamia, y así se intenta para que se le imponga la pena, y como ésta no puede imponerse á un muerto, si no es en los casos espresos en derecho, por tanto no se continúa la causa, si muere el tutor acusado de sospechoso. Es verdad que se deben resarcir al pupilo los daños que se le hayan causado por la mala administracion del difunto; pero éstos los puede repetir con la accion de tutela que tiene contra los herederos del tutor, y contra sus fiadores, y los herederos de éstos (15), como dijimos arriba: 2° Espira tambien la acusacion, cuando se concluye el tiempo de la tutela antes de la sentencia, porque el que ya no es tutor, no puede ser removido de un cargo que no ejerce. Pero en este caso, como en el antecedente, tiene el pupilo la misma accion de tutela, para obligar al que fué su tutor á que le restituya todos los daños y menoscabos que advierta en su hacienda, ya sean éstos ocasionados por dolo, culpa lata ó leve, cometida en el desempeño de su cargo.

(15) Ley 21. tít. 16. Part. 6.



APÉNDICE

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

SUMARIO.

1 Qué es restitucion por entero?
2 En qué se funda este privilegio.
3 Quiénes gozan de él.
4 En qué casos se deniega.
5 Concédese á las iglesias, monasterios, universidades, etc.
6 Otros casos en que tiene lugar.

La restitucion *in integrum* es un beneficio que se concede á los menores, para conseguir la reparacion de los perjuicios que se les hayan inferido durante su menor edad; ó como dice la ley, es la *reposicion de la cosa al estado que tenia ántes de haber padecido el daño* (1). Tres son los requisitos indispensables que deben concurrir para que tenga lugar este privilegio (2): 1º que sea menor el que lo interponga, y se dice serlo el que no ha cumplido 25 años: 2º que se pruebe el daño causado; y 3º que no pueda repararse de otro modo; pues la restitucion es un remedio subsidiario, de tal manera, que habiendo otro establecido en derecho para pedir la reposicion del menoscabo sufrido, se preferirá á ella (3).

2—Como la restitucion se funda en los perjuicios irrogados al menor por su inesperiencia, se concede en todos los negocios que haya celebrado, así judiciales como estrajudiciales (4), en razon de que en éstos tambien puede ser dañado. Pero en ámbos casos ha de justificar las circunstancias que quedan espresadas; y aunque se ha dicho que una de ellas

(1) Ley 1. tít. 25. Part. 3.
(2) Ley 2. tít. 10. Part. 6.
(3) Arg. de la ley 1. tít. 25. Part. 3.
(4) Ley 2. tít. 25. Part. 3.

es la de que sea menor de edad cuando intente el beneficio, esto debe entenderse sin perjuicio de que tambien pueda usarlo en el cuadrienio legal, que son los cuatro años despues de haber cumplido los 25 (5); y no obsta á la restitucion que el menor tuviese tutor ó curador, al tiempo de haber recibido el daño, como espresamente lo ordena el derecho (6).

3—Gozan tambien de la restitucion los herederos de los menores y sus fiadores (au), para obtener la reparacion de los perjuicios inferidos á aquellos en los contratos que hubiesen celebrado (7). Puede el menor, en virtud de este beneficio, desamparar la herencia que ya hubiese adido, cuando no le fuese provechosa; en cuyo caso lo hará ante el juez y los acreedores de la misma herencia (8). Del propio modo debe ser restituido el menor que hubiese renunciado una herencia, si despues la quisiese cobrar (9). Lo mismo sucede, si compitiéndole la eleccion en algun testamento, eligiese la cosa de ménos precio, pues pidiendo al juez que le permita dejarla, y tomar otra, deberá otorgársela (10); igual restitucion ha de concedérsele en las cosas que le corresponden, y hubiesen sido rematadas, si se presen-

(5) Ley 8. tít. 19. Part. 6.
(6) Ley 2. tít. 19. Part. 6.
(au) Este privilegio es personalísimo y así compete solo á los menores y á sus herederos, en virtud de su representacion personal, y no á sus fiadores á quienes no aprovechará, sino en el caso de que interviniese engaño en el mismo negocio, que motivó la fianza, pues entónces, segun la ley 4 tít. 12 Part. 5, deberá resarcirse á beneficio del menor y de sus fiadores.
(7) Leyes 4. tít. 12. Part. 5. y 8. tít. 19. Part. 6.
(8) Ley 7. tít. 19. Part. 6.
(9) Ley 18. tít. 6. Part. 6.—(10) Ley 5. tít. 19. Part. 6.

tare despues quien dé mayor precio por ellas (11). Tambien goza el menor del beneficio de la restitucion, cuando fuese prohijado por algun hombre que le muestre malas costumbres, ó le dilapide su hacienda, pues entónces puede pedir al juez del lugar le saque de semejante prohijamiento (12) (av).

4—Cesa la restitucion: 1º por la mayor edad (13), pues cesando la causa, deben cesar sus efectos: 2º cuando el menor, al tiempo de celebrar el contrato, dijo que era mayor de 25 años, y lo parecia en efecto; pues la ley nunca favorece el dolo (14): 3º Si el pleito se hubiese iniciado siendo el huérfano menor, y se espidiese la sentencia cuando fuese mayor (15): 4º si teniendo diez años y medio fuese condenado por hurto, homicidio ú otro delito semejante; ó si mayor de 14 hubiese cometido adulterio (16): 5º si el daño recibido lo fué por caso fortuito, porque á la reparacion de éste nunca puede obligarse al hombre (17): 6º si el menor, al tiempo de celebrar el contrato, renunciase el beneficio con juramento (18): 7º cuando se pronunciase sentencia declarándose

(11) Ley 5. tít. 19. Part. 6.—(12) Dicha ley 5.

(av) En órden á prescripciones dispone la ley 2 tít. 25 Part. 3, que las de 20 años ó ménos tiempo, no corren contra los menores, sino en el caso de que hayan empezado contra sus predecesores, y entónces les compete la restitucion en cuanto al tiempo corrido durante su menor edad; pero las de mayor tiempo corren contra todos los mayores de 14 años, aunque pueden rescindirse por medio de la restitucion.

(13) Ley 3, tít. 25. Part. 3.

(14) Ley 6. tít. 19. Part. 6.

(15) Ley 2. tít. 25. Part. 3.

(16) Ley 4. tít. 19. Part. 6.

(17) Arg. de la ley 2. tít. 19. Part. 6.

(18) Ley 6. tít. 19. Part. 6.

la libertad de un siervo, cuyo estado se dudaba (19): 8º tampoco se concede la restitucion contra el transcurso de los términos dilatorios, llamados *fatales*; como son el de nueve dias para deducir el retracto de sangre (20); el de tres para suplicar la sentencia interlocutoria (21), y el de seis para oponer tachas á los testigos (22); y por último, no se puede intentar el remedio de la restitucion en aquellos casos, en que no haya lugar á suplicacion ni nulidad de la sentencia (23) (ax).

5—Concédese tambien la restitucion á las iglesias, monasterios, universidades, concejos y al fisco; y tendrá lugar dentro de los cuatro años, contados desde el dia en que se celebró el contrato en que fueron lesas aquellas corporaciones; y si el daño escediese de la mitad del precio de la cosa, entónces podrá intentarse dentro de los treinta años (24). Lo gozan asimismo los que se hallan ausentes por causa de guerra, ó en servicio de la república, contra la prescripcion de sus cosas, y podrán establecerlo dentro de los cuatro años despues que retornasen, trasmitiéndose á sus herederos en caso de muerte, ántes de su regreso, y entónces se contará aquella dilacion desde el dia en que aquellos supieron el fallecimiento (25).

(19) Dicha ley 6.
(20) Ley 2. tít. 13. lib. 10. Nov. Rec.
(21) Ley 1. tít. 21. lib. 11. Nov. Rec.
(22) Ley 1. tít. 12. lib. 11. Nov. Rec.
(23) Ley 5. tít. y libro citados.
(ax) Aunque el privilegiado no goza de su privilegio contra el que lo es igualmente, habrá no obstante lugar á la restitucion, cuando un menor trata de resarcir el daño que á otro menor le ha reportado ventajas.
(24) Ley 10. tít. 19. Part. 6.
(25) Ley 28. tít. 29. Part. 3.

6—Finalmente, dáse este beneficio para rescindir todos los contratos en que hubiese intervenido fuerza, ó miedo que recaiga en varon constante (26), y tambien cuando se ha enagenado dolosamente á un tercero mas poderoso alguna cosa que nos pertenece, con el objeto de hacer ilusorios nuestros derechos (27) (ay); mas no, si la cosa se enagenó sin dolo, como advierte Lopez en la glosa 2 á dicha ley 15.

(26) Ley 56. tít. 5. Part. 5.

(27) Leyes 30. tít. 2. y 15. tít. 7 Part. 3.

(ay) Para completar esta materia dirémos: que el juez ha de conceder la restitucion con conocimiento de causa, esto es, llamando ante sí á la otra parte á quien se hace la demanda, para oír sus razones y fallar segun derecho; en la inteligencia de que, pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva: ley 2, tít. 25 Part. 3. La restitucion en juicio sobre probanzas, no se puede pedir mas de una vez en cada instancia, ni debe otorgarse sin que préviamente se obligue la parte que la solicita, á pagar cierta pena, si no prueba la nueva escepcion para cuyo alegato se pide la restitucion: leyes 1 y 2 tít. 13 lib. 11 Nov. Rec. Debe pedirse dentro de los quince dias despues de la publicacion, y no debe darse mas de la mitad del término concedido para la prueba principal, denegándose otra restitucion en la sentencia en que se otorgue, é imponiéndose la pena al que la solicite, que se depositará desde luego, no debiendo tener efecto, si no se verifica el depósito, y debiendo gozar ámbas partes del término: ley 3 tít. 13 lib. 11 Nov. Rec. En segunda instancia se pedirá la restitucion, jurando que no se hace de malicia, y dentro de los quince dias de la publicacion, no pudiendo concederse sino la mitad del término dado en la primera, y con la pena que designare el tribunal: ley 4 del mismo tít. 13.

FIN DEL TOMO I.

ÍNDICE

DE LOS TÍTULOS QUE CONTIENE ESTE TOMO.

LIBRO I.



FÉ DE ERRATAS.

Pág.	*Lín.*	*Dice.*	*Léase.*
55	últ.	qeu	que
102	últ.	Ley 3. tít. 7. Part. 6.	Ley 3. tít. 6. Part. 4.
129	21.	Ley 14 tít. 6 Nov. Rec.	Ley 14 tít. 6 lib. 6 Nov.
153	24.	propiamente . . .	Próximamente
179	7.	ue	que
182	9.	adminstrar	administrar
186	25.	romover.	remover

